

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Escola de Direito do Rio de Janeiro

FGV DIREITO RIO

ANDERSON MARCIO DE OLIVEIRA

**INTERVENÇÃO REGULATÓRIA DO TCU: UMA AVALIAÇÃO
EMPÍRICA NOS PROCESSOS DE CONCESSÃO DA ANTT, ANTAQ E
ANAC**

Rio de Janeiro

Dezembro/2017

ANDERSON MARCIO DE OLIVEIRA

**INTERVENÇÃO REGULATÓRIA DO TCU: UMA AVALIAÇÃO
EMPÍRICA NOS PROCESSOS DE CONCESSÃO DA ANTT, ANTAQ E
ANAC**

Dissertação para obtenção do título de Mestre no
Programa de Mestrado em Direito da Regulação da
Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação
Getúlio Vargas

Área de concentração: Direito da Regulação

Orientador: Leandro Molhano

Rio de Janeiro

Dezembro /2017

Oliveira, Anderson Marcio de

Intervenção regulatória do TCU : avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC / Anderson Marcio de Oliveira. – 2017.

128 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientadora: Leandro Molhano Ribeiro.

Inclui bibliografia.

1.Concessões administrativas. 2. Agências reguladoras de atividades privadas. 3. Brasil. Tribunal de Contas da União. I. Ribeiro, Leandro Molhano, 1971-. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD - 341.353


Anderson Márcio de Oliveira

**"INTERVENÇÃO REGULATÓRIA DO TCU: UMA AVALIAÇÃO EMPÍRICA NOS
PROCESSOS DE CONCESSÃO DA ANTT, ANTAQ E ANAC".**

dissertação apresentado(a) ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação
do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de Mestre(a) em
Direito da Regulação.

Data da defesa: 19/12/2017

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA


Leandro Molhano Ribeiro
Orientador(a)
Fernando Angelo Ribeiro Leal
Membro
Paula Graciete de Oliveira Passos
Membro

AGRADECIMENTOS

Esse é meu segundo mestrado e a motivação para refazer a estrada acadêmica foi a inquietação que vivia no meu trabalho sobre a forma como o TCU tem atuado na fiscalização dos processos de infraestrutura.

Assim, nesses agradecimentos tenho que prestigiar duas pessoas de fundamental importância que sempre me incentivaram a realizar essa pesquisa. A primeira delas é Henrique Pinto, ex-superintendente do BNDES, que motiva sua equipe a buscar a excelência profissional por meio do desenvolvimento de pesquisas acadêmicas. A segunda pessoa é Cristina Silva, minha ex-gerente e amiga pessoal, que sempre acreditou e incentivou meu lado pesquisador.

Agradeço aos meus pais, Maria e Cícero, pelo carinho e atenção por toda a vida.

Agradeço a minha tia Neves por sempre ter acreditado e ter investido nos meus projetos sejam eles quais fossem e minha avó, Josefa, que sempre tem um sorriso consolador nas horas mais difíceis.

Aos meus amigos Lauro Studart, Marcel Corrêa, Márcio Semente, Alan Brito, Bruna Araújo, Silvia Lins e a todos os demais com quem pude compartilhar minha apreensão nesse período, fica meu registro de agradecimento.

Agradeço ainda a Cláudia Azevedo e Vitor Vega, pela leveza e alegria que trazem a minha vida.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) e sua possível intervenção em matéria regulatória, nos processos de concessão de serviços públicos. Para a estruturação de uma concessão é necessário que a agência reguladora produza os estudos de viabilidade e, posteriormente, publique o edital e seus anexos que servirão de base para a licitação. Durante a fase de estruturação ficam refletidos nesses documentos decisões de caráter regulatório. Por imposição legal, essa documentação precisa ser aprovada pelo TCU para a efetiva implementação da concessão. Surge então dúvida sobre se poderia a Corte de Contas intervir nas questões regulatórias ali contidas. Para esclarecer tal questão, foi realizado um estudo empírico nos processos de concessão de três agências reguladoras do setor logístico: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Neste trabalho foram avaliados quarenta acórdãos do TCU emitidos para a estruturação de concessões atualmente em vigor, nos referidos setores. O intuito foi verificar se alguma determinação dessa Corte de Contas teve o condão de intervir em matérias de caráter regulatório e que, portanto, deveriam ficar na alçada decisória da agência reguladora.

Palavras-chave: TCU. Agências Regulatórias. Fiscalização. Processos de concessão

ABSTRACT

The aim of this article is to assess the role of Brazilian Court of Auditors - TCU and its possible intervention in regulatory matters in view of public service concession processes. In order to structure a concession it is necessary the production of feasibility studies by the regulatory agency and subsequently edit the bid invitation and its annexes, which will be the cornerstone for the bid. Regulatory decisions are reflected in those documents during the structuring phase. According to legal requirement this documentation shall be approved by TCU for effective concession implementation and that raises the doubt if the Court must analyze the regulatory issues contained in it. With the aim of clarifying this stir an empirical study was carried out with three regulatory agencies from the logistics sector: National Railroad Transportation Agency - ANTT, National Waterway Transportation Agency - ANTAQ and National Civil Aviation Agency - ANAC. This article evaluated 40 judgments issued by TCU for the current concession structuring in the herein mentioned sectors. The purpose was to verify if any deliberation from this Court has the power to intervene in regulatory subjects in which therefore the decision-making should rely on the regulatory agency.

Key words: TCU. Regulatory Agencies. Accountability. Concession process.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Linha do tempo sobre a evolução da fiscalização do TCU.

Figura 2 – Fluxograma do processo decisório do TCU.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Processos de fiscalização do TCU nas concessões rodoviárias.

Tabela 2 – Determinações regulatórias no setor rodoviário.

Tabela 3 – Processos de fiscalização do TCU nas concessões portuárias.

Tabela 4 – Determinações regulatórias no setor portuário.

Tabela 5 – Processos de fiscalização do TCU nas concessões aeroportuárias.

Tabela 6 – Determinações regulatórias no setor aeroportuário.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A FISCALIZAÇÃO DO TCU NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICO	12
2.1 As funções do Tribunal de Contas da União	12
2.2 O papel do TCU na definição de suas próprias competências	15
2.3 As Instruções Normativas do TCU	22
2.4 O processo de fiscalização do TCU	30
3. DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO TCU NOS PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO ...	35
3.1 O TCU e as Agências Reguladoras	35
3.2 Posição doutrinária sobre o controle do TCU nas agências reguladoras.....	36
3.3 Jurisprudência do TCU sobre a sua competência fiscalizatória	43
4. ANÁLISE EMPÍRICA DA FISCALIZAÇÃO DO TCU NOS MODAIS LOGÍSTICOS	52
4.1 Metodologia para análise dos acórdãos selecionados	52
4.2 Proposta de classificação das determinações do TCU	54
4.3 Conceito de intervenção do TCU em matérias de natureza regulatória	56
4.4 Setor Rodoviário	59
4.4.1 Contextualização do Setor Rodoviário.....	59
4.4.2 Análise dos acórdãos do setor rodoviário.....	62
4.5. Setor portuário.....	72
4.5.1 Contextualização do Setor Portuário	72
4.5.2 Análise dos acórdãos do setor Portuário	73
4.6 Setor aeroportuário.....	82
4.6.1 Contextualização do Setor Aeroportuário	82
4.6.2 Análise dos acórdãos do Setor Aeroportuário	83
4.7 Uma possível solução: consideração da capacidade institucional.....	91
5. CONCLUSÃO	97
6. BIBLIOGRAFIA	102
7. APÊNDICE.....	112

1. INTRODUÇÃO

As competências do Tribunal de Contas da União (TCU), previstas no art. 71 da Constituição Federal, são amplas e garantem a essa corte a possibilidade de fazer o controle dos atos administrativos dos três poderes da república brasileira. O papel de maior destaque do TCU é a fiscalização da gestão pública, orçamentária e financeira.

Ocorre que entre as possibilidades de controle, é pouco explorada, na literatura, a fiscalização que o TCU realiza na estruturação dos projetos de serviços públicos. Por determinação legal, todos os processos de concessão de serviços públicos devem ser analisados pela Corte de Contas.

A estruturação dos processos de concessão é conduzida pelo ministério setorial e pela respectiva agência reguladora. Tendo em vista o caráter de longo prazo da contratação, durante tal estruturação várias questões regulatórias são tratadas e definidas nos estudos, bem como no edital e seus anexos. Assim, durante a sua fiscalização, o TCU pode adentrar nessas matérias, tendo como consequência uma possível intervenção no campo de atuação das agências reguladoras.

No processo de estruturação de uma concessão de serviços públicos, cabe às agências reguladoras a realização dos estudos preparatórios que servirão de base para a preparação do certame licitatório. Uma vez finalizados, esses estudos são enviados ao TCU para aprovação. Portanto, para a construção da concessão, é necessária a interação dessas duas entidades estatais, ambas com prerrogativas legais e que interagem para a consecução de uma mesma tarefa.

Nesse cenário, é provável que surjam dúvidas sobre qual é o limite de atuação do TCU e das agências. O controle de um órgão estatal em relação ao outro é a base do estado democrático de direito que possui como premissa a limitação do exercício do poder político e tem como base a utilização do mecanismo de freios e contrapesos. Durante o exercício real de suas atividades pelas instituições, pode haver a invasão de competência de uma em relação à outra, especialmente no caso de haver indeterminação ou sobreposição de atribuições.

Até o momento, não existem pesquisas empíricas sistemáticas que avaliem a atuação do TCU para responder academicamente a este tipo de suposição. As análises existentes têm perspectiva casuísta e pontual, sendo necessária uma avaliação de maior abrangência sobre a

atuação do TCU nos projetos de infraestrutura, no intuito de que se tenha um diagnóstico mais preciso.

Esta dissertação tem como objetivo avaliar a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) utilizando como universo de pesquisa os acórdãos do TCU nos setores logísticos - rodoviário, portuário e aeroportuário - e verificar se essa entidade intervém em questões regulatórias que seriam de competência das agências reguladoras. Para tanto, serão analisados os acórdãos de todas as concessões que tiveram seus contratos assinados nesses três setores logísticos.

Tal análise empírica tem o intuito de responder às seguintes indagações: i) existe, de fato, intervenção do TCU em questões regulatórias? ii) se existe, qual o tipo de matéria tratada nessa intervenção?

Para responder a essas perguntas este trabalho foi estruturado em três capítulos. O Capítulo **A FISCALIZAÇÃO DO TCU NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICO** será dedicado à análise do papel do TCU na fiscalização das concessões de serviços públicos por meio da análise da legislação e do levantamento histórico da atuação da Corte de Contas nesses processos.

Quando se analisa historicamente a fiscalização do TCU nos processos de desestatização, percebe-se que tal atuação teve início por um ato de ofício do próprio Tribunal, definindo que teria competência para acompanhar os processos de desestatização iniciados na década de 1990. Ou seja, o próprio TCU avocou para si tal prerrogativa por meio da interpretação da Constituição e de sua Lei Orgânica. Desde então, o TCU consolidou sua posição e teve o reconhecimento na legislação de sua capacidade fiscalizatória nesses processos. No entanto, a previsão legal até hoje não deixa claro quais seriam os limites para sua atuação.

Ocorre que, uma vez consolidada a fiscalização do TCU nesses processos, são criadas as agências reguladoras, com características específicas para regular e fiscalizar os serviços agora prestados pela iniciativa privada. Entre as atribuições dessas agências está também a preparação do certame para futura outorga da concessão.

Surge então na doutrina o questionamento de qual seria o limite de atuação do TCU na fiscalização das atividades-fim das agências reguladoras. Esse debate interessa a este trabalho, pois a atividade de estruturar a concessão é tida como atividade-fim das agências. Nesse sentido,

faz-se necessária a compreensão dos argumentos utilizados para a defesa ou rejeição do possível controle dos atos finalísticos das agências. O debate é controverso e não aponta para uma solução pacífica sobre essa questão.

No capítulo **DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO TCU NOS PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO** será apresentada a discussão doutrinária sobre a possibilidade de fiscalização pelo TCU dos atos finalísticos das agências reguladoras, bem como, serão trazidos acórdãos do TCU que dispõem sobre a sua competência nos processos de desestatização. Como a definição da jurisdição do TCU, atualmente, encontra-se sob a égide do próprio Tribunal, tal pesquisa é essencial para traçar os limites de sua fiscalização.

Por fim, o capítulo **ANÁLISE EMPÍRICA DA FISCALIZAÇÃO DO TCU NOS MODAIS LOGÍSTICOS** apresentará a avaliação dos acórdãos do Tribunal de Contas da União nos modais rodoviário, portuário e aeroportuário. Serão analisadas todas as decisões do TCU referentes aos primeiro e segundo estágios de fiscalização dos processos que tiveram o contrato de concessão assinados. A intenção é obter uma fotografia consolidada da atuação do TCU em todos os processos de desestatização a partir da criação das agências reguladoras.

Serão analisados 40 acórdãos do TCU, sendo 17 acórdãos de concessões rodoviárias, 6 acórdãos do setor portuário e 17 acórdãos de aeroportos. Os acórdãos foram selecionados entre o período de 2002 a 2016. Este interregno tem por base o ano de criação das agências reguladoras responsáveis pelo setor logístico.

A definição do universo de acórdãos a ser analisado requereu a sistematização de informações por meio do cruzamento de informações do Tribunal de Contas da União e das agências reguladoras, no intuito de formar um novo banco de dados com o número do processo de fiscalização do TCU e o respectivo ativo concedido.

Para a análise das decisões do TCU, foi proposta uma classificação baseada em quatro critérios distintos, no intuito de se identificar os tipos de matérias que são trazidas nos acórdãos nos processos de fiscalização das concessões no setor logístico. As determinações classificadas como intervenções regulatórias, que são o objeto desse trabalho, foram analisadas detidamente. Os outros tipos de determinação não serão aqui avaliados, no entanto, sua compilação pode servir de base para futuras pesquisas acadêmicas sobre a natureza das determinações do TCU.

Tendo em vista a ausência de solução trazida pelo campo doutrinário e normativo, ao final da análise empírica é trazida uma possível proposta de solução para verificar se a atuação

do TCU nas questões regulatórias pode ser tida como indevida. Trata-se da utilização do argumento das capacidades institucionais que tem como objetivo definir dentre as instituições qual possui maior capacidade e habilidade para dar a palavra final nos casos de sobreposição de competência.

2. A FISCALIZAÇÃO DO TCU NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICO

2.1 As funções do Tribunal de Contas da União

Composto por nove ministros, sendo um terço indicado pelo Presidente da República e dois terços pelo Congresso Nacional, os requisitos para investidura no Tribunal de Contas da União (TCU) guardam simetria em relação aos cargos de ministro do Poder Judiciário¹. O papel de controle do TCU sobre a administração pública federal é bastante amplo, tendo esta Corte de Contas ganhado bastante destaque recentemente. Pode-se citar como exemplo a rejeição de contas prestadas pela Presidente Dilma Rousseff, caso que ficou conhecido como "pedaladas fiscais" e que serviu como um dos fundamentos para o pedido de *impeachment*².

O espectro de competências que foram conferidas ao TCU é extenso, possuindo suas decisões executoriedade imediata. A primeira fonte de análise para verificar quais são as funções do TCU é a Constituição de 1988, que ampliou substancialmente a competência e jurisdição dessa Corte de Conta³, que no seu art. 71, definiu que:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

¹ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. § 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior. § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional.

² Acórdãos: 825/2015 e 1464/2015

³ Dal Pozzo, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do Tribunal de Contas e o estado democrático**. Belo Horizonte: Fórum. 2010. Pg. 92

- IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
- V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
- VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
- VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
- VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
- IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
- X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
- XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Percebe-se pela leitura do art. 71 que a prerrogativa de controle perpassa por vários aspectos: (i) a análise de contas do Presidente da República, (ii) o julgamento de contas dos administradores públicos, (iii) a forma de aplicação de recursos públicos, (iv) a competência de sustar atos eivados de ilegalidade. Exemplo elucidativo sobre esse controle exercido pelo TCU é a possibilidade de suspensão imediata de processos licitatórios até que sejam analisadas as possíveis irregularidades⁴.

Ainda no intuito de corroborar a amplitude da jurisdição do TCU, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União de nº 8.443/1992, no seu art. 5º, *in verbis*, detalha ainda mais que o texto constitucional, o seu campo de atuação:

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

- I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;
- II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;
- III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;
- IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.
- V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições para-fiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

⁴ SILVA, Anderson Luiz da. **Tribunal de Contas da União: Competência julgadora e controle judicial**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2015. Pg 83.

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembleia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

O Tribunal de Contas da União foi erigido pela Constituição de 1988 à categoria de auxiliar do Congresso Nacional para realizar o controle externo da Administração Pública Federal⁵. Essa Corte de Contas não está subordinada a qualquer dos outros poderes, encontrando-se fora da estrutura dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A tarefa do TCU é de auxiliar o Congresso Nacional, não havendo subordinação ou vínculo hierárquico com esse poder.

Apesar de topologicamente descrito no texto constitucional no capítulo referente ao Poder Legislativo, foi conferida ao TCU completa autonomia financeira, administrativa e finalística⁶. Ainda em relação à sua independência, as decisões de mérito prolatadas pelo TCU não são passíveis de revisão judicial por qualquer outro poder, inclusive o Judiciário⁷. Importante destacar ainda que, no exercício do controle externo, o TCU pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, prerrogativa delimitada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula 347⁸.

A função exercida pelo TCU, que será explorada nesse trabalho, é a de fiscalização nos processos de estruturação de concessão de serviços públicos que são conduzidos pelas agências reguladoras e pelos ministérios setoriais. Atualmente, o controle do TCU nesse processo de delegação ocorre em duas etapas: (i) na fase de aprovação dos atos delegatórios ao ente privado

⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

⁶ Pinto, Pedro Duarte. **Tribunal de contas da união, agências reguladoras e um diálogo na construção de melhores resultados regulatórios**. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. Pg. 183-223. 2014.

⁷ AGUIAR, Ubiratan Diniz et al. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte. Fórum. 2011. Pg. 199

⁸ Súmula 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público

da prestação de um serviço público e (ii) durante a execução contratual decorrente de tais delegações⁹.

A atuação do TCU ocorre de forma concomitante nos processos de outorga de serviços públicos e possui caráter colaborativo com a Administração Pública no ensejo de formatar um projeto que atenda aos requisitos legais e traga maior retorno à sociedade. Já a análise da execução dos contratos ocorre por intermédio de auditorias e de avaliações de desempenho dos entes formuladores e reguladores setoriais¹⁰.

Cabe ressaltar que a regulamentação desse processo de fiscalização da concessão foi definida pelo próprio TCU, que editou, para tanto, instruções normativas (IN). Esses normativos disciplinam a forma como será realizada a fiscalização, prevendo em seu texto o cumprimento de estágios com fixação de prazos e documentação a ser apresentada.

Antes de adentrar como se dá esse controle por parte do TCU, será feita uma análise sobre a consolidação da competência do TCU para atuação nos processos de desestatização. Conforme será visto, tal construção teve como base inicial as decisões do próprio Tribunal e, apenas posteriormente, foi prevista na legislação. A função de analisar os processos de concessão de serviços públicos decorre da atuação da própria Corte de Contas, que passou a exigir informações dos processos de desestatização em curso.

2.2 O papel do TCU na definição de suas próprias competências

A participação do TCU nos processos de desestatização¹¹ teve início no processo de concessão da Ponte Rio-Niterói quando o Ministro Luciano Brandão submeteu ao plenário requerimento de informações para o Departamento Nacional de Estrada de Rodagem acerca da futura concessão¹². De acordo com André Braga¹³, uma das razões para justificar a necessidade

⁹ ZYMLER, Benjamin. **Direito e Controle**. Belo Horizonte. Fórum. 2015. Pg. 187

¹⁰ GOMES, Marcelo Barros, et al. **10 anos de controle externo da regulação de serviços públicos in** Regulação de serviços públicos e controle externo. Tribunal de Contas da União – Brasília: TCU, secretaria de desestatização, 2008. Pg. 11

¹¹ O termo desestatização abrange: privatizações, concessões, permissões e arrendamentos, além de aumento de capital de entes públicos e venda de participações minoritárias.

¹² BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. **O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões de serviços públicos?** Dissertação de Mestrado – FGV Rio. 2015. P. 10

¹³ Id.

de monitoramento seria a “originalidade” da concessão, lembrando ainda que na época não estava em vigor a Lei de Licitações. A fiscalização na concessão Ponte Rio-Niterói culminou na criação de um procedimento também original que não estava previsto na legislação brasileira e que perdura até hoje, dividido em três fases.

A primeira delas consistiria em avaliar a viabilidade técnica e financeira da concessão. A segunda, os atos e procedimentos da licitação, e a terceira, a legalidade das cláusulas contratuais¹⁴. Segue abaixo transcrito o teor da decisão contida no Acórdão 141/1993 de 28/04/1993:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

- 1) determinar ao Órgão Técnico competente deste Tribunal que promova o acompanhamento de todos os procedimentos relativos à concessão em referência (exploração da Ponte Rio-Niterói), examinando especialmente: a) quanto à viabilidade: os dados, estudos técnicos e projetos necessários à elaboração de orçamentos e apresentação de propostas; as justificativas sobre a conveniência da outorga; os custos e tarifas; as garantias, se houver, de receita mínima em função da natureza dos serviços a serem explorados; além de outros aspectos atinentes à viabilidade técnica e econômica; b) quanto à licitação: a observância dos princípios básicos de igualdade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e demais pressupostos legais aplicáveis à espécie; e c) quanto à concessão: a legalidade e legitimidade da estipulação do contrato, notadamente no que concerne às normas regulamentares, ou de serviço e as contratuais propriamente ditas, como as cláusulas de privilégio e favores da concessão; do financiamento, se houver, e suas garantias; dos prazos e respectivas prorrogações; dos direitos dos usuários; das políticas administrativas; das isenções fiscais, se houver; da fixação de tarifas e respectiva revisão; da fiscalização; das sanções; das hipóteses de terminação, ou extinção da concessão, mediante reversão, revogação, resgate ou encampação, caducidade ou rescisão, renúncia e outras, com vistas a eventuais indenizações e à definição dos bens afetados, ou não, à concessão para efeito de entrega à Administração Pública.
- 2) orientar o Órgão Técnico responsável pelo acompanhamento no sentido de que, ao final de cada uma das três fases anteriormente mencionadas (a, b e c), apresente ao Tribunal Relatório circunstanciado sobre os resultados das verificações realizadas.

A função de fiscalização nos processos de desestatização exercida pelo TCU não está explicitamente descrita na sua competência constitucional delimitada no art. 71 da Carta Magna. Tal objeto de fiscalização pela Corte de Contas foi positivado com a edição da Lei 8031/90¹⁵, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização – PND¹⁶, que inicialmente tinha

¹⁴ Ibid., p. 32.

¹⁵ Foi editada a IN 7/1994 de 29 de novembro de 1994 a qual dispõe apenas sobre a fiscalização dos processos de privatização de empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização.

¹⁶ O PND tinha as funções de promover o reordenamento da posição do Estado na economia, transferindo para a iniciativa privada as atividades econômicas que não necessitariam ser exploradas pelo setor público e, ao mesmo tempo, limitar a presença estatal apenas em áreas imprescindíveis para contribuir com a redução da dívida pública federal e o saneamento financeiro do setor público.

como escopo apenas os processos de privatização¹⁷ das empresas estatais federais, ou seja, inexistia nessa legislação o conceito de concessão de serviço público.

Assim, não havia disposição legal expressa que permitisse a atuação do TCU nos processos de concessão ou permissão de serviços públicos. De acordo com Monique Menezes¹⁸, com o aprofundamento do processo de desestatização e consequente afastamento do estado brasileiro de determinadas atividades, caracterizadas pela privatização de empresas estatais, o TCU reinterpreto seu mandato constitucional, adaptando-se aos novos arranjos regulatórios, transformando-se em um dos principais órgãos de fiscalização das agências reguladoras.

Ocorre que, com a fiscalização nas rodovias licitadas depois da Ponte Rio-Niterói, entre elas a Rodovia Presidente Dutra, o TCU reconheceu, através da Decisão nº 394/1995, que o acompanhamento das concessões precisava ser mais dinâmico. Deveria ser criada uma norma que permitisse a antecipação da fiscalização e apenas após pronunciamento da Corte de Contas poderia ser dado andamento ao processo licitatório¹⁹.

Ainda de acordo com André Braga²⁰, as razões que levaram a essa mudança de posicionamento foram irregularidades recorrentes encontradas nas concessões analisadas pelo TCU. Entre essas irregularidades estava a falta de critérios objetivos para o julgamento das propostas das empresas licitantes. A fiscalização prévia permitiria que o TCU se antecipasse a esses prováveis erros, evitando “ônus desnecessários para os usuários e lucros exorbitantes para os concessionários.” Além disso, o programa de concessões de rodovias, por sua magnitude e relevância, representando cerca de 30% da malha rodoviária federal pavimentada, deveria ter um acompanhamento mais rigoroso e prévio, pois se constatou que o controle exercido pelo TCU - até aquele momento - sobre outras iniciativas de desestatização apresentava sérias irregularidades por haver sido realizado posteriormente.

Após a Decisão nº 394/1995, foi criado um grupo de trabalho no TCU com a finalidade de apresentar uma proposta de norma visando regulamentar a atuação do tribunal nos processos

¹⁷ O conceito de privatização está no art. 2º, II, § 1º da Lei 8031/90. Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

¹⁸ Menezes, Monique. O tribunal de contas da união, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. Revista de sociologia e política, v. 20, Nº 43.2012

¹⁹ Braga, André de Castro Oliveira Pereira. Obra citada.pg.28

²⁰ Id.

de concessão pública. O resultado foi a publicação da seguinte instrução normativa, IN 10/95²¹, de 22 de novembro de 1995, editada pelo próprio Tribunal, que prevê como será a fiscalização do TCU, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. De acordo com tal normativo, a atuação do TCU ocorreria com base na análise dos seguintes aspectos: i) legalidade, ii) legitimidade e iii) economicidade dos atos praticados pelo órgão ou pela entidade federal concedente e sua consonância com os princípios aplicáveis à Administração Pública, especialmente os estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal.

Percebe-se que a IN 10/95 deixou uma grande margem interpretativa para os técnicos do TCU, na medida em que os termos usados para delimitar como seria feita a análise – legalidade, legitimidade e economicidade – possuem significado amplo e pouco objetivo. Essa ausência de detalhamento permitiu na prática a proposição de modificação de qualquer aspecto relevante da modelagem jurídica e financeira das concessões²².

Analisando o texto da IN 10/95, observa-se que o fundamento legal para sua expedição são os artigos 5º e 41²³, da Lei 8.443 de 16 de julho de 1992, que é a Lei Orgânica do TCU.

²¹ I - Primeiro Estágio - Exame da viabilidade da concessão ou da permissão: a) estudos da viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados; b) estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver. Prazo: trinta dias, no mínimo, antes da publicação do edital de licitação;

II Segundo Estágio - Exame da pré-qualificação, se houver: a) edital de pré-qualificação; b) atas de abertura e de encerramento; c) relatório de julgamento; d) recursos eventualmente interpostos e decisões neles proferidas.

Prazo: - cinco dias, no máximo, após: a) a publicação do edital de pré-qualificação; b) o resultado do julgamento, para os demais documentos do segundo estágio; c) as decisões proferidas, para os eventuais recursos interpostos.

III - Terceiro Estágio - Exame do edital e dos demais instrumentos da licitação: a) edital de licitação; b) minuta de contrato; c) projeto básico, se houver; d) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas. Prazo: cinco dias, no máximo, após: a) publicação do edital de licitação, acompanhado da minuta do contrato e do projeto básico; b) esgotado o prazo de impugnação ao edital, para os demais documentos.

IV - Quarto Estágio - Exame da habilitação: a) atas de abertura e de encerramento deste estágio; b) relatórios de julgamento; c) questionamentos das licitantes, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas. Prazo: cinco dias, no máximo, após: a) findo o prazo para a interposição de recursos ao resultado do julgamento da fase de habilitação; b) as decisões proferidas sobre eventuais recursos interpostos.

V - Quinto Estágio - Exame do julgamento das propostas: a) atas de abertura e de encerramento deste estágio; b) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos; c) recursos eventualmente interpostos e decisões neles proferidas. Prazo: cinco dias após a homologação do resultado do julgamento das propostas;

VI - Sexto Estágio - Exame do contrato assinado com a concessionária ou com a permissionária. Prazo: cinco dias após a assinatura do termo contratual.

²² BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. Obra citada. pg. 32

²³ Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial: I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno: a) a lei relativa ao plano plurianual, a lei de diretrizes

Ocorre que tais artigos não se referem especificamente à fiscalização e acompanhamento das concessões de serviço público, mas sim à função genérica de controle da Corte de Contas.

Essa verificação legislativa demonstra que a fiscalização nos processos de concessão é oriunda das decisões proferidas pelo próprio Tribunal de Contas da União. Houve, por parte do TCU, uma reinterpretação do seu papel diante do quadro de reconfiguração estatal que o país atravessou nos anos 1990. Como resultado desse reposicionamento, houve expedição de atos normativos internos, que procedimentalizaram esta nova atribuição do TCU, sobre a qual ele próprio arrogou-se como competente.

Pode-se afirmar, portanto, que a atribuição de fiscalizar os processos de concessão de serviços públicos decorre da interpretação do próprio TCU, que passou a exigir seu aval para a realização da licitação e futura contratação. Pela ótica da Corte de Contas, apesar de não haver previsão legal expressa, seria sua atribuição o acompanhamento dos processos de outorga de serviços públicos, cabendo-lhe análise da documentação preparatória, bem como o acompanhamento da execução contratual.

Tal movimento pode ser comparado com o ativismo judicial, na medida em que o próprio órgão se declara competente para avaliar determinada questão. Um ponto relevante no caso do TCU, é que diferentemente do Poder Judiciário, que só age quando provocado, a Corte de Contas pode agir de ofício²⁴.

Apenas com a edição da Lei 9491/97²⁵, que é dado, por expressa previsão legal, ao TCU o papel de avaliar a documentação para a concessão de serviços públicos, bem como o acompanhamento contratual. Com a referida lei, o objeto do que poderia ser inserido no PND

orçamentárias, a lei orçamentária anual e a abertura de créditos adicionais; b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei; II - realizar, por iniciativa própria, na forma estabelecida no Regimento Interno, inspeções e auditorias de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta Lei; III - fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; IV - fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. § 1º As inspeções e auditorias de que trata esta seção serão regulamentadas no Regimento Interno e realizadas por servidores da Secretaria do Tribunal. § 2º O Tribunal comunicará às autoridades competentes dos poderes da União o resultado das inspeções e auditorias que realizar, para as medidas saneadoras das impropriedades e faltas identificadas.

²⁴ ARAUJO, Julio Cesar Manhães de. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas da Constituição de 1988**. Curitiba. Juruá. 2010. Pg. 89

²⁵ A verificação dos estudos pelo TCU atualmente está prevista no art. 18, VIII, da Lei 9491/97.

foi ampliado, sendo criado o conceito genérico de desestatização²⁶, que passaria a abarcar as seguintes categorias: i) empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União; ii) empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; iii) serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; iv) instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas; v) bens móveis e imóveis da União.

Assim, com a publicação da Lei 9491/97, que revogou a Lei 8031/90, a concessão de serviço público passou a ser objeto também do Programa Nacional de Desestatização- PND e, portanto, abrangido pela nova legislação que dispunha expressamente sobre a fiscalização do TCU para os casos de desestatização previstos naquela lei.

Em substituição à IN 10/95, o TCU editou a IN 27/1998, que prevê a fiscalização para as seguintes situações: (i) as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, (ii) as concessões, permissões e autorizações de serviço público. A IN 27/1998 é o principal instrumento normativo que regulamenta a forma de atuação do TCU na fiscalização das desestatizações. Houve a unificação num mesmo normativo da fiscalização das privatizações, anteriormente regulamentada pela IN 7/94, e das concessões de serviços públicos.

A jurisdição do TCU foi sendo construída pelo próprio Tribunal através da interpretação do texto constitucional e da sua Lei Orgânica. Essa consolidação da necessária aprovação por parte da Corte de Contas, nos processos de concessão dos serviços públicos, fica clara quando se sistematiza cronologicamente a forma de atuação do TCU nos processos de desestatização, aqui entendidos como gênero que possui duas espécies: (i) privatização de empresas e (ii) concessão dos serviços públicos. A linha do tempo é a seguinte:

²⁶ § 1º Considera-se desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade. c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União.

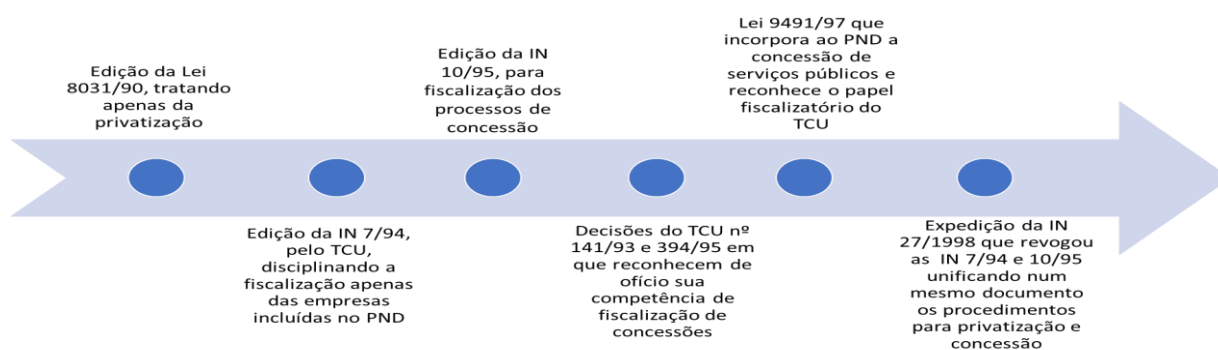


Figura 1 – Linha do tempo sobre a evolução da fiscalização do TCU. Fonte: Próprio Autor

Ainda na direção de procedimentalizar a fiscalização nos processos de concessão, o TCU editou mais duas instruções normativas: a primeira, referente aos processos de concessão rodoviárias (IN 46/2004), e a segunda para os projetos de parceria pública privada (IN 52/2007).

Um ponto relevante sobre a fiscalização exercida pelo TCU diz respeito à possibilidade de essa Corte de Contas proibir preventivamente a publicação do edital nas desestatizações dos projetos de infraestrutura. Faltaria ao TCU a competência legal para fazer tal imposição previamente à publicação do edital. O controle nesse caso deveria ser *a posteriori*. A avaliação de Eduardo Jordão²⁷ é incisiva nesse sentido:

A Constituição, portanto, não previu explicitamente para o TCU poderes que pudessem ser utilizados no controle da modelagem de projetos de infraestrutura. Além disso, esta ausência de previsão corresponde a uma clara opção do constituinte de que esta intervenção prévia não se realize. A mesma situação se verifica no nível infraconstitucional. Não há lei que preveja poderes prévios ao TCU — ao menos não explicitamente. Não há lei que permita ao TCU impedir a publicação de um edital ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de algumas determinações suas. Em seu art. 113, §2º, a lei geral de licitações (Lei nº 8.666/93) autoriza o controle de editais de licitação, mas apenas posteriormente à sua publicação. Assim, faz referência à possibilidade de (i) solicitação para exame de cópia de edital de licitação “já publicado”, além de (ii) determinação de medidas “corretivas” pertinentes. Por sua vez, o art. 18, VIII, da Lei nº 9.491, de 09.09.1997, normalmente apontado pelo TCU como base legal de sua atuação prévia nos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos, dispõe tão somente que compete ao Gestor do Fundo Nacional de Desestatização “preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União”. A lei, portanto, limita-se a estabelecer que o TCU irá apreciar os documentos relativos ao processo de desestatização, sem lhe conferir qualquer poder específico e adicional aos que previu a Constituição.

²⁷ JORDÃO, Eduardo. **A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014. Pg. 218

Assim, a prerrogativa de suspender a publicação de editais nos processos de desestatização é também oriunda da interpretação do TCU sobre suas competências. A opção da Constituição seria o controle posterior e não a intervenção direta do TCU ainda na fase interna da licitação²⁸.

Apesar de o controle sobre os atos convocatórios do certame ser posterior, na prática, os editais só são publicados com o aval do TCU. Tal medida deve-se ao fato de que os administradores públicos preferem não correr o risco de ter o processo licitatório suspenso a qualquer momento, o que causaria insegurança jurídica ao processo de outorga.

Em razão da importância das instruções normativas 27/98 e 46/2004, para esse trabalho, será feita análise mais detalhada dos seus textos, visando extrair parâmetros para a avaliação da documentação a ser apresentada e consequentemente traçar algum limite para o controle exercido pelo TCU.

2.3 As Instruções Normativas do TCU

Referindo-se especificamente sobre à concessão de serviços públicos, a Corte de Contas adotou um modelo de controle dividido em duas etapas distintas: (i) a outorga do ato delegatório, que vai da realização dos estudos até a assinatura do contrato e (ii) a execução contratual, que se inicia com a assinatura do contrato com o fito de analisar o efetivo cumprimento da avença.

A outorga é um processo delimitado no tempo, mas as condições estabelecidas no seu instrumento convocatório regerão a relação contratual por todo o prazo da concessão. Percebe-se, portanto, a importância de haver uma estruturação de projeto com qualidade, devendo nessa etapa, ser executada análise pormenorizada de importantes aspectos, a saber: legais, a viabilidade técnico-econômica, bem como as implicações ambientais²⁹.

Sem dúvida, a estruturação de uma concessão envolve decisões que terão reflexos por um longo período de tempo. Por essa razão, tal procedimento deve ser acompanhado e

²⁸ ROSILHO, André Jajácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas**. Tese de doutorado. USP. São Paulo. 2016. Pg. 246

²⁹ GOMES, Marcelo Barros. **O controle externo das agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros**. *VIII Congresso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 2003. Pg. 15

fiscalizado por entidades governamentais, como o TCU. O controle exercido pela Corte de Contas na fase de outorga é o objeto deste trabalho.

A segunda etapa de fiscalização, que se refere à execução contratual, é fiscalizada por meio dos seguintes instrumentos: (i) auditorias, (II) inspeções; (iii) além do Relatório Consolidado de Acompanhamento elaborado pelos órgãos concedentes federais e encaminhados a cada semestre para o TCU. Neste momento, o TCU avalia o cumprimento das cláusulas contratuais, especialmente as relacionadas às questões tarifárias, à qualidade do serviço prestado e à efetiva concretização dos investimentos previstos.³⁰

Ambas as etapas estão disciplinadas na IN 27/98, especificamente no art. 7º da referida norma, onde consta o detalhamento do processo de fiscalização nos casos de outorga para a concessão ou permissão de serviço público. Esse controle é dividido em cinco momentos distintos, partindo da avaliação dos estudos de viabilidade até a assinatura do contrato:

Art. 7º A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada nos estágios a seguir relacionados, mediante análise dos respectivos documentos:

I - primeiro estágio:

- a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;
- b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;
- c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

II – segundo estágio:

- a) edital de pré-qualificação;
- b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação;
- c) relatório de julgamento da pré-qualificação;
- d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação;
- e) edital de licitação;
- f) minuta de contrato;
- g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas.

III – terceiro estágio:

- a) atas de abertura e de encerramento da habilitação;
- b) relatório de julgamento da habilitação;
- c) questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas;
- d) atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas;
- e) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos;

³⁰ Id.

f) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas.

IV – quarto estágio:

a) ato de outorga;

b) contrato de concessão ou de permissão.

Percebe-se, portanto, que o controle a ser exercido engloba todo o processo licitatório, tanto da fase interna quanto externa do certame, devendo a Administração Pública prestar todas as informações solicitadas bem como encaminhar a documentação nos prazos delimitados na referida IN 27/1998³¹.

É com base nesse normativo que o TCU vem fazendo sua análise nos processos de concessão e permissão de serviços públicos, exceto para os processos de concessão rodoviária. Apenas com a aprovação da Corte de Contas é possível se concluir o processo de delegação. Em outras palavras, a aprovação pelo TCU é condição *sine qua non* para que possa existir efetivamente a delegação ao particular³².

Torna-se essencial verificar como ocorre a atuação do TCU, especialmente quando da análise dos estudos de viabilidade, que seria o primeiro estágio, e da análise do edital e do contrato, o segundo estágio, contemplados na IN 27/1998. Tal preocupação com essas fases especificamente deve-se ao fato de ser nesses momentos em que se pode efetivamente adentrar em questões decisórias do Poder Concedente ou da Agência Reguladora. Nos outros estágios de análise (terceiro e quarto), o papel do TCU está mais focado em um controle de legalidade e cumprimento da legislação. Sendo assim, apenas se fará uma análise mais detida do primeiro e segundo estágios.

³¹ I – primeiro estágio - 30 (trinta dias), no mínimo, antes da publicação do edital de licitação;

II – segundo estágio - 5 (cinco) dias, no máximo, após: a) a sua publicação, para o edital de pré-qualificação; b) o resultado final do julgamento, para os documentos relacionados nas alíneas "b" a "d" deste estágio; c) a sua publicação, para o edital de licitação, acompanhado da minuta do contrato; d) esgotado o prazo de impugnação ao edital, para os documentos relacionados na alínea "g" deste estágio.

III – terceiro estágio - 5 (cinco) dias, no máximo, após: a) esgotado o prazo para a interposição de recursos ao resultado do julgamento da fase de habilitação para os documentos relacionados nas alíneas "a" e "b" deste estágio; b) as decisões proferidas sobre eventuais recursos interpostos para os documentos relacionados na alínea "c"; c) a homologação do resultado do julgamento das propostas para os demais documentos deste estágio.

IV – quarto estágio - cinco dias após a assinatura do termo contratual.

³² Apesar da IN 27/1998 permitir que a análise do TCU seja realizada apenas após a publicação do edital, esta não tem sido a prática adotada pelo Poder Concedente. Tendo em vista a possibilidade de revisão dos termos editalícios pela Corte de Contas, o Administrador Público prefere aguardar a aprovação do Edital e seus anexos pelo TCU para realizar a publicação e um certame com maior segurança jurídica.

Em relação aos estudos de viabilidade, Maurício Portugal³³ chama a atenção para a quantidade e complexidade de estudos necessários para celebrar um contrato de Parceria Público Privado, regido pela lei 11079/04³⁴. Divide este autor os estudos em três categorias: estudos técnicos, viabilidade econômico-financeira e estudos jurídicos. Os estudos técnicos compreendem:

- i) mensuração e projeção da demanda – realiza o levantamento dos atuais e potenciais usuários, sua capacidade e disposição de pagamento pelo serviço;
- ii) projeto operacional/ indicadores de desempenho – determina, sempre que possível, os indicadores de resultado que permitam dimensionar os investimentos a ser realizados para ser alcançados;
- iii) projeto de engenharia – simulam os custos de investimento para implantação, melhoria do nível de serviço e expansão da capacidade;
- iv) estudos ambientais – mensuram os impactos ambientais do empreendimento, a forma de mitigação ou de compensação, bem como determina os valores necessários das medidas a serem tomadas pelo parceiro privado.

Os estudos de viabilidade econômico-financeira, com base nos estudos técnicos, definem a forma como o empreendimento será desenvolvido e como serão obtidos os recursos financeiros (capital próprio, financiamento). Esses estudos fazem também a análise da viabilidade do negócio sob a perspectiva da receita, demanda e taxa de retorno, a fim de tornar a concessão viável e atrativa para o investidor privado.

Os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental trazem as informações sobre o objeto, prazo da concessão, orçamento das obras, precificação dos custos de operação e manutenção, possíveis fontes de receitas alternativas, bem como sobre a situação do licenciamento ambiental. É com base nessas informações que será produzido o contrato de concessão que deverá refletir o que está descrito naqueles estudos.

A IN 27/1998 não traz em seu texto nenhum balizador para a execução da fiscalização, diferentemente da IN 10/95, que possuía parâmetros fluidos. Nesse sentido, a crítica feita em relação à IN 10/95 pode ser repetida para a IN 27/1998, na medida em que os limites para a

³³ Portugal, Maurício. **Comentários à Lei de PPP**. Editora Malheiros. 2010. Pg. 52

³⁴ O grau de complexidade para estruturação de um PPP ou uma concessão comum é mesmo. Salvo a atenção necessária para a existência de garantias quando aplicada a primeira modalidade concessória dado que o pagamento dependerá do Poder Público.

execução da fiscalização não estão delineados na norma, ficando a atuação do TCU livre de qualquer barreira legal.

Em relação ao segundo estágio de fiscalização, que se refere à análise dos documentos que compõem o certame (edital e minuta de contrato), deve o TCU focar sua fiscalização em assegurar que tais documentos reflitam o conteúdo dos estudos apresentados, bem como garantir o cumprimento da legislação.

Um dos principais pontos de atenção a ser verificado pelo TCU, na documentação referente ao edital e seus anexos, diz respeito à garantia da competitividade do certame, e visa assegurar que não sejam exigidas qualificações, além das necessárias à boa execução contratual.

Tanto o edital quanto a minuta de contrato podem ser classificados como instrumentos da atividade normativa das agências reguladoras, os quais albergam decisões de caráter eminentemente regulatório que deverão ser observadas pelo futuro concessionário e cabendo à Agência sua interpretação e integração³⁵.

A lógica contida na IN 46/2004, que trata da fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, é bastante similar ao conteúdo da IN 27/1998, sob o ponto de vista procedimental. Nessa IN, específica para o setor rodoviário, estão previstos cinco estágios de fiscalização seguindo a mesma premissa de acompanhamento, partindo dos atos preparatórios da licitação até a execução contratual. Na IN 46/2004, art. 3º, tais estágio recebem o seguinte tratamento:

Art. 3º A fiscalização prévia e concomitante dos processos de outorga de concessão para exploração de rodovias federais será realizada em cinco estágios, mediante análise dos seguintes documentos:

I - primeiro estágio:

- a) ato justificativo quanto à conveniência da outorga da concessão, em que esteja caracterizado o objeto, a área e o prazo, bem como informação quanto ao caráter de exclusividade da concessão, como estabelece o art. 5º c/c o art. 16 da Lei n.º 8.987, de 1995;
- b) comprovante de que o objeto licitado foi incluído no plano de outorgas previsto no inciso III do art. 24 da Lei nº 10.233, de 2001;
- c) estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, contendo, entre outras informações que o gestor do processo julgue necessárias, as seguintes:
 1. objeto, área e prazo da concessão;
 2. quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas;
 3. estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados;
 4. estudo específico e fundamentado de estimativa de tráfego para a rodovia ou trecho de rodovia em licitação;
 5. orçamento, com data de referência, das obras a realizar previstas pelo poder concedente para o objeto a licitar;

³⁵ ARAGAO, Alexandre dos Santos. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Ed. Forense. 2015. Rio de Janeiro. Pg. 421

6. custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais;
7. projeção das receitas operacionais da concessionária;
8. projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos;
9. eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados;
10. fluxo de caixa projetado do empreendimento, coerente com o estudo de viabilidade;
- d) relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;
- e) Programa de Exploração da Rodovia (PER), elaborado pelo poder concedente ou por empresa contratada com essa finalidade, ou outro documento que se destine a delimitar as obras, os investimentos e os serviços a serem realizados pela concessionária durante a execução contratual, acompanhado dos respectivos cronogramas físico-financeiros;
- f) relatório sintético sobre os estudos de impacto ambiental disponíveis, em que esteja indicada a existência de licenciamento ambiental para a execução das obras previstas, bem como a existência de passivo ambiental no trecho rodoviário a ser licitado e o agente responsável por sua recuperação;
- g) exigências contratuais e legais impostas por organismos internacionais, quando participarem do financiamento do empreendimento;

II - segundo estágio:

- a) edital de licitação elaborado com base nos critérios e nas normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e, em específico, no que prevê o art. 18 da Lei nº 8.987, de 1995, o § 2º do art. 26 e o § 2º do art. 34-A da Lei nº 10.233, de 2001;
- b) anexos do edital de licitação, entre os quais a minuta de contrato de concessão, em que sejam observadas as cláusulas essenciais dos contratos, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995, e dos arts. 35 e 37 da Lei nº 10.233, de 2001;
- c) justificativa para a escolha do parâmetro ou do indicador a ser utilizado para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, previsto no Capítulo IV da Lei nº 8.987, de 1995;
- d) comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como retificações do edital;
- e) impugnações apresentadas contra o edital e análises correspondentes proferidas pela comissão de licitação;

III - terceiro estágio:

- a) questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre a fase de habilitação;
- b) atas de abertura e de encerramento da fase de habilitação;
- c) relatório de julgamento da fase de habilitação, em que sejam abordados os aspectos relativos a:
 1. habilitação jurídica;
 2. regularidade fiscal;
 3. qualificação técnica;
 4. qualificação econômico-financeira;
 5. declaração dos licitantes quanto a recebimento de todos os documentos da licitação (edital, anexos, plantas e outros), bem como conhecimento de todas as informações e das condições locais da rodovia ou trecho a ser licitado, por meio de vistoria, necessárias para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
 6. compromisso do licitante de informar ao órgão concedente a superveniência de fato impeditivo da habilitação, se existente, nos termos do § 2º do art. 32 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
 - d) decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de habilitação;

IV - quarto estágio:

- a) fase de julgamento das propostas técnicas, quando houver:

1. questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre a fase de julgamento das propostas técnicas;
2. atas de abertura e encerramento da fase de julgamento das propostas técnicas;
3. relatório de julgamento das propostas técnicas;
4. decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de julgamento das propostas técnicas;
- b) fase de julgamento das propostas econômico-financeiras:
 1. questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre a fase de julgamento das propostas econômico-financeiras;
 2. atas de abertura e encerramento da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras;
 3. relatório de julgamento das propostas econômico-financeiras, em que sejam avaliados, entre outros dispositivos, a exequibilidade das propostas apresentadas, em cumprimento ao § 3º do art. 15 da Lei nº 8.987, de 1995, e a necessidade de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes, situação prevista no art. 17 da Lei nº 8.987, de 1995;
 4. decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras;
- V - quinto estágio:
 - a) ato de outorga;
 - b) contrato de concessão assinado;
 - c) Programa de Exploração da Rodovia (PER) apresentado pela concessionária ou qualquer outro documento que se destine a delimitar as obras e os serviços a serem realizados durante todo o prazo contratual;
 - d) cópia da proposta econômico-financeira apresentada pela licitante vencedora e dos correspondentes anexos, inclusive em meio magnético, em que conste, no mínimo:
 1. matriz de tráfego e premissas adotadas para a formulação da proposta econômico-financeira;
 2. discriminação de todas as receitas esperadas;
 3. discriminação e cronograma econômico-financeiro dos investimentos e dos custos operacionais;
 4. fluxo de caixa da concessão com demonstração da Taxa Interna de Retorno (TIR) ou de qualquer outro parâmetro, previsto no edital de licitação, que se destine a aferir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A IN 46/2004 também não tem em seu texto qualquer balizador que direcione a forma como deve ser interpretada. As observações acerca da liberdade de atuação dos técnicos do TCU feitas em relação à IN 27/98 são válidas também para esse caso.

Devido à inexistência nas Instruções Normativas de qualquer direcionamento sobre como devem ser interpretadas, buscou-se na jurisprudência do TCU possíveis balizadores acerca de como deve ser executada a fiscalização. Nesse sentido, foram extraídos os seguintes trechos do Relatório Técnico do Acórdão 2299/2005:

12. Por essa razão, a unidade técnica, ao proceder ao exame dos documentos encaminhados, buscou verificar a consistência das premissas adotadas, a exatidão dos cálculos, a estrutura e a correção das planilhas eletrônicas desenvolvidas, visando assegurar que a modicidade tarifária fosse alcançada.
41. O primeiro estágio tem por objetivo examinar as premissas básicas e a viabilidade técnica e econômica do empreendimento, previamente à publicação do edital de licitação. O prazo para o encaminhamento dos documentos correspondentes é de 45

dias, no mínimo, antes da publicação do edital de licitação, nos termos do inciso I do art. 4º da referida IN.

De acordo com tal excerto, o papel do TCU na verificação dos estudos de viabilidade seria o de avaliação das premissas usadas e correção de falhas ou erros. Percebe-se ainda, que a principal justificativa para esse controle dos processos de concessão teria o caráter de avaliação econômica do projeto.

A missão da Corte de Contas seria analisar as premissas dos estudos, bem como seus dados e adequação dos resultados, além da garantia da legalidade e concorrência nas licitações. O TCU seria o fiscal da sociedade, garantindo que o projeto é o mais adequado e atende ao interesse público, mantendo-se, evidentemente, a atratividade de investimento pelo privado.

A leitura das instruções normativas corrobora esse entendimento. A análise do tipo de documentação exigida nos processos de fiscalização leva a crer que sua atuação será limitada à análise de viabilidade econômico-financeira do projeto. Não se trataria, portanto, de substituição da agência em suas escolhas regulatórias. O trecho do relatório técnico acima transcrito segue na mesma linha de pensamento.

O papel do TCU no atual arranjo regulatório tem como finalidade garantir que os processos de regulação e de privatização sejam baseados na economicidade, eficiência e transparência, contribuindo para a melhoria do desempenho público em benefício à sociedade³⁶.

O atual quadro normativo que disciplina a forma de atuação do TCU, nos processos de concessão de serviços públicos é composto por três instruções normativas publicadas pelo TCU, quais sejam: IN 27/998, IN 46/2004 e IN 52/2007. Tal produção normativa evidencia o empenho do Tribunal de Contas da União em fortalecer seu controle sobre as atividades reguladas³⁷.

O controle do TCU nos processos de outorga de serviços públicos é de grande relevância, tendo em vista sua experiência acumulada pelo trabalho desenvolvido no acompanhamento de todo o processo de reestruturação do estado brasileiro. Além disso, o TCU

³⁶ DOURADO, Rodolfo Maciel. **O Controle Externo sobre as Agências Reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades de atuação**. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2011. Pg. 99

³⁷ TÁRSIA, Cristiana Muraro. **A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais**. Dissertação de mestrado. Universidade Cândido Mendes. 2012.

se constitui como uma instância de elevado nível técnico, tendo em seus quadros servidores com primorosa qualificação.

Reconhecer a importância dessa Corte de Contas não significa outorgar-lhe total liberdade para atuar como fiscal de todas as questões afetas ao processo de concessão. A necessidade de estabelecimento de limites para sua atuação resvala na tentativa de salvaguardar a prerrogativa, nas agências reguladoras e no poder concedente, a competência de decidir matérias de caráter regulatório e político.

No próximo tópico será apresentado sucintamente como ocorre o processo e a análise dos processos de concessão que são apresentados para análise pelo TCU.

2.4 O processo de fiscalização do TCU

Tendo em vista que o processo decisório no TCU tem rito próprio, será feita a seguir uma breve síntese de como ocorre a fiscalização por parte desse tribunal. O processo de análise do TCU inicia-se com a entrega dos estudos para sua avaliação pelo Poder Concedente. Pela organização interna do TCU, uma das secretarias³⁸ especializadas na matéria, composta pelo corpo técnico e concursado do Tribunal, é responsável pela avaliação dos estudos de viabilidade, edital e seus anexos e o acompanhamento das demais fases. Fica sob a responsabilidade dessas secretarias a realização de diligências, o esclarecimento de dúvidas sobre a documentação apresentada e a produção de um relatório técnico que servirá de base de avaliação para o Ministro Relator.

Até 2016, o processamento de todos os processos de desestatização ficava a cargo da Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID. O desmembramento da SEFID em outras secretarias gerou crítica, pois o processo de análise tornou-se mais descentralizado o que tem ocasionado atraso nas análises feitas pelo Tribunal. As atuais secretarias responsáveis também pelos processos de desestatização, tratam de outros tipos de processos, o que acarreta na

³⁸ A Secretaria de Fiscalização, criada para centralizar todos os processos de fiscalização de desestatização foi extinta. Atualmente as secretarias são setorializadas e tratam de outras matérias além de desestatização. Atualmente as secretarias são as seguintes: SeinfraTelecom, SeinfraOperações, SeinfraElétrica, SeinfraPortoFerrovia, SeinfraPetróleo, SeinfraRodoviaAeroporto, SeinfraUrbana. Resolução 284 de 30 de dezembro de 2016.

necessidade de treinamento para entender conceitos específicos que fazem parte do universo da concessão.

Some-se, ainda, o fato de a divisão dos assuntos tratados nas secretarias ser bastante criticável, como a junção dos mesmos técnicos tratando de rodovias e aeroportos, modais com configurações distintas. Sob essa perspectiva, o TCU regrediu quando extinguiu a SEFID, que coordenava internamente as outras secretarias e possuía a expertise acumulada de processos de desestatização.

Findo o relatório, produzido pela secretaria responsável e entregue ao Ministro Relator, a este caberá a feitura do voto que deverá ser levado ao plenário do Tribunal para avaliação dos demais componentes³⁹. Em seu voto, o relator tem plena liberdade de discordar da equipe técnica, podendo apresentar, assim, entendimento contrário ao contido no relatório.

O voto é apreciado pelo pleno do Tribunal, podendo sofrer alterações por votos apresentados por outros ministros em sentido contrário. Uma vez que se chegue ao entendimento do pleno do tribunal, é exarado um Acórdão que pode aprovar ou não os estudos apresentados e, assim, considerar-se cumprida a primeira etapa de avaliação. Segue abaixo ilustração que sintetiza o processo decisório no TCU:



Figura 2 – Fluxograma do processo decisório do TCU. Fonte: Próprio Autor

Pela leitura dos relatórios técnicos e acórdãos prolatados pelo TCU é possível afirmar que existe uma grande interação deste Tribunal com as agências e o poder concedente durante a fase de instrução do processo. A corte de Contas promove inúmeras diligências para esclarecer

³⁹ O TCU é formado por nove ministros.

as dúvidas da equipe técnica que ocorrem por meio de expedição de ofícios ou por meio de reuniões.

Durante essas interações, determinadas questões podem ser esclarecidas ou aperfeiçoadas e, portanto, não constarão como determinação nos acórdãos. Esse ponto é importante, pois o número de recomendações e determinações tem relação direta com a maneira como ocorre a instrução do processo, podendo ser feitas alterações de posicionamento de ambas as partes, ainda na fase instrutória do processo e, por essa razão, a divergência não estará refletida no acórdão final.

As decisões contidas no acórdão são de natureza administrativa e podem ser de dois tipos: (i) recomendações e (ii) determinações. As determinações são de cumprimento obrigatório e, portanto, devem ser executadas para que se conclua o determinado estágio de fiscalização e se prossiga para os demais. Como seu cumprimento é mandatório, o não atendimento gera nulidade ao processo, podendo ser suspenso a qualquer tempo pelo TCU.

As recomendações são questões que na avaliação do Tribunal possuem relevante importância, mas, como o próprio nome sugere, ocorre apenas uma recomendação à Administração. Não possuem, portanto, o poder de parar o processo de avaliação e seu descumprimento não gera qualquer sanção futura. Em geral, a figura da recomendação é adotada quando na avaliação do TCU cabe ao gestor apreciar a conveniência e oportunidade de sua implementação, bem como nos casos em que se trata de ato de competência de órgão de poder da mesma esfera que o TCU. Neste sentido Rodolfo Dourado⁴⁰:

Observa-se que **as recomendações não têm caráter vinculativo**, mas de assessoramento. Com isso, sugerem o aperfeiçoamento necessário, mas não a forma de alcançá-lo. Assim, o TCU não imiscui em seara diversa nem, tampouco, usurpa a função do regulador, **mas o controla**; e controlar entende-se que também significa assistir, direcionar e assessorar procedimentos e condutas a um determinado enfoque.

Diante da prerrogativa legal do TCU na chancela dos processos de concessão, não há como se negar a importância de sua responsabilidade quando da avaliação dos estudos.

A possibilidade de a decisão ser proferida como determinação ou recomendação garante a flexibilidade de avaliação no caso concreto, da forma como será expedida sua decisão, no

⁴⁰ DOURADO, Rodolfo Maciel, obra citada. Pg. 114

intuito de garantir que efetivamente ocorra a concessão do serviço público. Apenas para ilustrar quando o Tribunal se utilizou de uma recomendação, há o caso da concessão do Aeroporto André Franco Montoro, mais conhecido como Aeroporto de Guarulhos.

Para a modelagem desse aeroporto, que era administrado apenas pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, o Poder Concedente decidiu que seria importante que essa estatal permanecesse como sócia da Sociedade de Propósito Específico - SPE, que seria criada para assumir o aeroporto. Ou seja, o concessionário teria como sócio a Infraero. O TCU não concordava com a decisão, mas nesse caso se ateve apenas a recomendar que tal medida não fosse adotada.

No Acórdão 3232/2001⁴¹, o Tribunal deixou clara sua posição contrária à decisão e recomendou ao Poder Concedente que examinasse a necessidade de participação da Infraero na futura SPE ou que fosse estabelecido, na minuta de contrato, mecanismo que possibilitasse e estimulasse a diminuição gradativa dessa participação no capital social da concessionária.

O TCU percebeu que não poderia impor sua vontade e determinar que a Infraero não participasse como sócia no futuro empreendimento. Tal posicionamento, através da recomendação, foi o meio encontrado para mostrar seu descontentamento, porém respeitando a decisão tomada pelo Administrador.

O entendimento sobre como ocorre o processo de fiscalização do TCU é de fundamental importância para esse trabalho, pois é com base nessa informação que foi definida que a avaliação referente às questões regulatórias estaria limitada ao primeiro e segundo estágio de fiscalização. Conforme afirmado, apenas nessas etapas é que ocorrem as decisões sobre a futura concessão que serão refletidas nos estudos de viabilidade, no edital e seus anexos. Os outros estágios de fiscalização são de caráter meramente formal do procedimento licitatório.

Outro ponto importante para a compreensão do objetivo deste trabalho é saber quais tipos de decisão que podem ser exarados pelo TCU, em seus acórdãos. É com base na obrigatoriedade do seu cumprimento que será feito o corte metodológico para análise das decisões de caráter regulatório. Apenas as determinações serão aqui analisadas, pois se considera que são intervenções na medida em que sua aplicação é mandatória, diferentemente das recomendações.

⁴¹TC 032.786/2011-5

Uma vez explicitado como ocorre o processo decisório no TCU, bem como analisada a legislação interna dessa Corte de Contas e promovida a avaliação histórica de sua atuação nos processos de desestatização, o passo seguinte é analisar como podem ser definidos limites para sua atuação ou se faz realmente sentido estabelecer-se limites.

3. DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO TCU NOS PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO

3.1 O TCU e as Agências Reguladoras

Conforme explicitado no capítulo anterior, a fiscalização do TCU nos processos de desestatização foi iniciada juntamente com o programa de desestatização na década de 1990. Pode-se citar, como exemplo, as concessões rodoviárias iniciadas em 1993, quando não se contava com a presença de uma agência reguladora⁴², seja para sua estruturação, seja para o acompanhamento do cumprimento dos contratos assinados. Neste sentido, cronologicamente, o TCU implementou seu controle nos processos de desestatização num cenário em que não existiam as agências reguladoras.

A criação das agências reguladoras inseriu, portanto, um novo ator institucional com atribuições próprias, no campo das concessões de serviços públicos, sendo necessária a revisão da forma de atuação do TCU. Juntamente com as agências reguladoras, autarquias de natureza especial, para o exercício da função reguladora do Estado, surge também a questão sobre os limites e as possibilidades da ação fiscalizadora do controle externo exercido por meio da Corte de Contas⁴³.

O questionamento sobre a possibilidade de fiscalização do TCU das atividade-fim das agências reguladoras possui abrangência maior do que o objeto desse trabalho, que se refere apenas à fiscalização nos processos de desestatização. Apesar disso, a questão principal é a mesma, pois o papel exercido pela agência nos processos de desestatização configura-se como atividade-fim. Surge, portanto, outra questão que pode ser sintetizada nos seguintes termos: diante de decisões regulatórias presentes nos estudos de viabilidade, no edital e no contrato de concessão, qual deve ser o limite de análise do TCU quando realiza a fiscalização desses documentos? Poderia a Corte de Contas adentrar no mérito de uma decisão da Agência Reguladora?

Antes de responder a tal questionamento, faz-se necessária uma pesquisa empírica de como vem sendo a interação dessas instituições, por meio de uma avaliação descritiva. Ter a real dimensão da possível interferência de um ente em relação ao outro é o primeiro passo

⁴² A Agência Nacional de Transportes Terrestres foi criada em 2001.

⁴³ RODRIGUES, Walton Alencar. **O controle da regulação no Brasil**. Revista do TCU. Edição Especial. Abril/junho 2005

para que se possa apontar uma solução adequada. A proposta desse trabalho é fazer esse diagnóstico através da avaliação empírica da atuação do TCU e verificar possíveis intervenções regulatórias nos modais logísticos analisados.

Para responder as questões sobre a possibilidade de atuação em questões regulatórias, serão apresentados dois possíveis caminhos. O primeiro deles através da análise da doutrina sobre a matéria e o segundo, a verificação do posicionamento do Poder Judiciário e do próprio TCU

Ambas as alternativas possuem como pressupostos de análise a utilização dos seguintes instrumentos: legislação, doutrinária e de categorias jurídicas como: especialização, discricionariedade técnica e separação de poderes. Sob esta ótica, haveria o delineamento abstrato do campo de atuação de cada um dos agentes e a utilização de categorias do Direito Administrativo.

Será apresentada, neste capítulo, a discussão doutrinária que permeia a discussão sobre os limites de atuação do TCU, bem como será realizada uma avaliação jurisprudencial sobre a matéria nos acórdãos do TCU. Tem-se que, portanto, uma vez definido o modelo prescritivo de como deve ocorrer a fiscalização do TCU, será possível comparar com a real forma de sua atuação.

3.2 Posição doutrinária sobre o controle do TCU nas agências reguladoras

As agências reguladoras são autarquias especiais integrantes da Administração Pública. Cabe ao Tribunal de Contas da União a fiscalização de todos os entes da Administração direta ou indireta. É possível concluir, portanto, que o controle externo do TCU é inafastável para as agências.

O controle externo de uma fiscalização de uma agência estatal em relação a outra agência estatal é conhecido como mecanismo de *accountability* horizontal⁴⁴.

A discussão sobre o limite de atuação do TCU não perpassa pela fiscalização das atividades-meio das agências, tais como: gestão administrativa, atos de pessoal, contratações⁴⁵.

⁴⁴ SIMÕES, Edson. **Tribunais de contas: controle externo das contas públicas**. São Paulo. Saraiva. 2014. Pg. 498

⁴⁵ TARSIA, Cristiana Muraro. Obra citada. Pg. 79

É cediço que, nesses casos, as agências se igualam aos demais entes da Administração Pública e se subordinam ao controle externo do TCU. Neste sentido, a avaliação, do Ministro do TCU, Walton Alencar Rodrigues⁴⁶, é clara:

no tocante à área-meio das entidades reguladoras, não há dúvidas quanto à competência dos Tribunais de Contas para fiscalizá-las. Isto nem sempre ocorreu, todavia. As primeiras auditorias realizadas pelo TCU foram tachadas de impertinentes e inconstitucionais, sendo tidas por alguns como clássico exemplo de indevida ingerência do TCU nessas entidades. Chegou-se a alegar a imunidade dessas entidades ao controle, em razão da autonomia da independência que, supostamente, estava a conferir-lhe a lei.

O debate sobre o controle da atividade-meio das agências foi superado, não tendo encontrado respaldo em ações judiciais nem em questionamentos diante o próprio TCU. Walton Alencar⁴⁷ cita o caso de prestação de contas da Agência Nacional de Telecomunicações, referente ao exercício de 1997, 1998 e 1999, em que a referida agência, para justificar violações a leis e a decretos, afirmava que sua lei de criação garantia independência em relação a outras entidades públicas. Tal alegação não obteve êxito e atualmente não há discussão sobre a fiscalização de atividades meio.

Permanece, no entanto, a celeuma jurídica sobre a possibilidade de controle dos atos finalísticos das agências reguladoras. Tendo em vista que o principal poder-dever de uma agência é regular determinado setor, caberia ao TCU intervir nessa atividade?

Serão apresentadas, a seguir, as posições doutrinárias que tratam do controle executado pelos tribunais de contas nas agências reguladoras.

Um possível argumento na esteira de limitar a atuação do TCU nas atividades finalísticas das agências, durante a estruturação de uma concessão, é o de que as decisões tomadas por determinado modelo regulatório ou mesmo definição de caráter político são atribuições típicas das agências reguladoras. Retirar o poder de escolha dessas entidades seria extinguir a própria razão de sua existência. Em outras palavras, se em um processo de concessão, todas as decisões pudessem ser revistas pelo TCU, o risco de conflito de atribuição seria permanente. Nesse sentido é o entendimento de Costa⁴⁸ :

⁴⁶ RODRIGUES, Walton Alencar. Obra citada. Pg. 6

⁴⁷ Id.

⁴⁸ COSTA, Luis Bernardo Dias. Tribunal de Contas Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito. Fórum. 2006. P. 58.

Entende-se, dessa forma, que o Tribunal de Contas no exercício de suas atribuições não pode substituir-se ao administrador com o propósito de discernir sobre o que é mais conveniente e oportuno, considerando que essa avaliação é de competência exclusiva da autoridade legalmente constituída. Ao Tribunal de Contas cabe avaliar além da legalidade e economicidade da despesa a legitimidade, isto é, verificar se a despesa foi realizada com os projetos governamentais previstos no Plano Plurianual.

Essa decisão regulatória, quando da estruturação de uma concessão, estaria no âmbito de atuação das agências e pode ser considerada como um ato discricionário, cabendo ao ente decidir dentre as alternativas possíveis qual deverá ser implementada. A doutrina sobre atos discricionários é ampla, no entanto, neste trabalho, a intenção é analisar um subtipo específico de discricionariedade que possui relevância para entidades técnicas e despolitizadas como são as agências reguladoras – a discricionariedade técnica.

A discricionariedade técnica é também denominada de discricionariedade imprópria, por não se identificar com a real discricionariedade administrativa, já que não permite a tomada de decisão pautada pelos critérios de conveniência e oportunidade⁴⁹.

O termo discricionariedade técnica foi usado pela primeira vez na Áustria, com os estudos Bernatzik⁵⁰. O conceito inicial era que, por se referir a decisões com alta carga de complexidade técnica, a discricionariedade técnica balizava atos administrativos que não eram passíveis de controle jurisdicional. A razão para seu surgimento foi a ponderação de que certas decisões administrativas necessitavam de elevado grau de especialização que somente aquele órgão ou autoridade investidos da devida competência (legal e técnica), por gozar de robusto conhecimento, poderiam realizar a necessária valoração. Por tal razão, não era permitido ao Poder Judiciário qualquer margem de controle sobre essa categoria de decisões administrativas, excetuados os casos de erro manifesto.

Na literatura, a discricionariedade técnica das agências tem relação direta com os limites para a apreciação pelo Poder Judiciário dos seus atos normativos, servindo de parâmetro limitador para uma possível interferência externa. Por esta razão, essa definição tem papel relevante neste trabalho.

⁴⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público, nº 9, fev/mar/abr, 2007. Disponível na internet: <www.direitodoestado.com.br/redar.asp>. Acesso em: 22 de abril de 2017

⁵⁰ Ibid, pg. 4

Exercendo seu poder normativo, as agências reguladoras emitem atos infralegais que devem ser obedecidos pelos regulados. Neste sentido, as exigências contidas num contrato de concessão possuem evidentes elementos normativos essenciais para a manutenção de relação de longo prazo. Sobre a competência normativa, Diogo de Figueiredo⁵¹ discorre:

com efeito, está na atribuição de uma competência normativa reguladora a chave para operar em setores e matérias em que devem predominar as escolhas técnicas, distanciadas e isoladas das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais, pois essas, distintamente, são métodos mais apropriados às escolhas política-administrativas, que deverão, por sua vez, se prolongar em novas escolhas administrativas, sejam elas concretas ou abstratas, para orientar a ação executiva dos órgãos burocráticos da Administração direta.

É possível estender o mesmo argumento que blinda a atuação das agências reguladoras da intervenção do Poder Judiciário para a limitação de fiscalização exercida pelo TCU. Admitir que o órgão judiciário controle a atividade normativa da agência significa que ao fim poderá escolher por conta própria entre as várias soluções aquela que lhe pareça a mais adequada⁵². Nesse sentido, o elemento da discricionariedade técnica deve ser levado em conta nessa discussão.

Especificamente sobre o controle de atos finalísticos proferidos pelas Agências Reguladoras, segue abaixo a opinião de Barroso⁵³, ainda no exercício de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, de que não caberia ao Tribunal de Contas adentrar na análise do mérito das decisões relacionadas às atividades-fim:

Assim sendo, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando dela não envolvam dispêndio de recursos públicos. Isto se dá, por exemplo, quando o Tribunal de contas objetiva obter informações a respeito de deveres dos concessionários, atividade que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem razão da criação da própria agência reguladora. Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação da separação de Poderes.

Este, portanto, limite da atribuição do Tribunal de Contas. Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é

⁵¹ NETO, Moreira Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Editora Renovar. 2003. Pg 117

⁵² VERISSIMO, Marcos Paulo. **Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileira**. O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro. Forense. 2006. Pg. 416.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras, Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito Administrativo. nº 229. Rio de Janeiro. 2002.

coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza.

Barroso⁵⁴ admite o controle pelo Tribunal de Contas em três campos de atuação: i) auditoria financeira e orçamentária, b) julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos, c) emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Executivo. Conclui afirmando que é próprio da fiscalização o exame das contas da Administração direta e indireta sob os ângulos da legalidade, legitimidade e economicidade.

Társia⁵⁵ aponta que dois ministros do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler e Walton Alencar Rodrigues, convergem no sentido de atribuir a esse Tribunal a prerrogativa de controle dos atos finalísticos das agências. Importante destacar que, apesar de existir divergência doutrinária, na prática, a definição da jurisdição do tribunal fica a cargo dos seus membros. Afirmar a autora que: “Corte de Contas vê-se competente para atuar como um limitador dentro da moldura da discricionariedade do administrador público, vez que o Tribunal impõe-se a julgar não apenas a legalidade das opções que o gestor possui, mas impele-o a assinalar a opção que, aos olhos do órgão de controle externo, seja a mais adequada.”

Evidentemente tal posicionamento deve ser relativizado, tendo em vista que foi proferido por uma das partes envolvidas. É esperado que os membros do próprio TCU queiram expandir seu campo de competência para analisar as escolhas dos administradores públicos.

Posicionamento no sentido oposto ao de Barroso é trazido por Di Pietro,⁵⁶ afirmando que:

As agências reguladoras estão sujeitas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Portanto, estão sob controle do Tribunal de Contas e, todos os seus atos, inclusive os finalísticos, conforme disposto no art. 71, VI, da Constituição Federal, ao instituir competência para realização de inspeções e auditorias de natureza operacional nas entidades sob sua jurisdição. (grifo nosso)

⁵⁴ Ibid. Pg. 50

⁵⁵ TÁRSIA, Cristina Muaro. Obra citada. Pg. 81

⁵⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras**. In: Seminário **O controle externo da regulação de serviços públicos**, Brasília. O Controle externo na regulação de serviços públicos. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. P. 64.

Compartilhando da mesma visão que Di Pietro, Alexandre dos Santos Aragão,⁵⁷ opina pela possibilidade de haver controle dos atos finalísticos das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas. Segue a opinião deste autor:

O problema se coloca, não no controle das atividades-meio, que geram despesas ao Erário, mas sim no controle das atividades-fim das agências reguladoras, mormente das de serviços públicos. Em outras palavras, podem os Tribunais de Contas controlar os atos de regulação que as agências expedem sobre os respectivos setores regulados? Mais específica e exemplificativamente, podem controlar a autorização de aumento da tarifa ou do reequilíbrio econômico-financeiro de determinada concessão? Podem controlar uma fiscalização ineficiente sobre as concessionárias?

(...)

Ao nosso ver, o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público, etc.

Segue essa corrente, em parte, Floriano de Azevedo Marques Neto,⁵⁸ que defende que o alargamento da competência do TCU pode ser justificado quando a atividade regulatória, seja ela fim ou meio, recair sobre bens e serviços públicos.

(...) no tocante ao controle exercido pelo Legislativo, cabe aos Tribunais de Contas um relevante papel no controle, não só das atividades-meio do regulador, como também da atividade-fim. Controle este, sempre, é bom ressaltar, exercido apenas com relação aos interesses afetos ao Poder Público (o que exclui os vários outros interesses envolvidos na regulação, como, por exemplo, os interesses dos competidores e dos consumidores). Por isso, tem-se que o controle a cargo do Tribunal de Contas decorre não só da sua tarefa de auxílio ao Congresso. Afinal, recaindo a regulação sobre bens ou serviços públicos, compete diretamente à Corte aferir se interesses afetos ao Poder Público estão sendo preservados.

Para Sérgio Guerra, o TCU não pode substituir uma escolha regulatória feita pela agência reguladora. A Corte de Contas não tem competência constitucional para realizar as

⁵⁷ ARAGAO, Alexandre dos Santos. Obra citada. P. 340

⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico**. pg 126. Belo Horizonte: Fórum, 2005

escolhas regulatórias, sob pena de usurpação de competência e deslegitimação do controle exercido por aquela corte⁵⁹.

Justen Filho⁶⁰ não admite que o TCU possa analisar o conteúdo das decisões das agências reguladoras e, portanto, sua atuação deve limitar-se às atividade-meio das agências, não abrangendo o controle de decisões que se refiram às competências regulatórias. Em textual:

Observe-se que esse controle versará, basicamente, sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que se deverá verificar serão os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração. Enfim, a atuação do Tribunal de Contas envolverá a fiscalização da agência reguladora enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competências regulatórias.

Cristiana Muraro⁶¹ advoga a tese de autocontenção dos poderes, devendo o TCU sopesar seu controle sobre as agências reguladoras, interferir mais fortemente apenas nos casos de inegável ilegalidade da escolha administrativa. Segue o posicionamento dessa autora:

Em outras palavras, a Corte Federal de Contas pode e deve controlar as atividades regulatórias, sejam elas finalísticas ou atividades-meio. Contudo, não deve o TCU atuar como uma segunda instância dos atos regulatórios. No exercício de suas competências, a Corte de Contas pode expedir recomendações – estas sem caráter coercitivo – quando as agências reguladoras federais não estiverem agindo de acordo com os princípios e normas, ou até mesmo quando identificadas omissões ou ineficiências das agências. Guardam-se as determinações – essas com viés coercitivo – apenas para as situações em que há necessidade e previsão constitucional de sustação de atos e contratos, mediante representação ao Congresso. Mesmo nestes casos, considerados os mais graves, que ensejam a maior e mais gravosa atuação do TCU, deve haver uma autocontenção dos poderes e grande deferência às escolhas administrativas que não afrontaram a juridicidade.

José Vicente Santos de Mendonça⁶² propõe a fixação de *standards* para fixar limites de atuação para o Tribunal de Contas. Em relação às atividades-fim, comenta o autor que:

⁵⁹ (A) **A atividade fim das agências reguladoras e o seu controle pelos Tribunais de Contas: evolução e problemas**: Apud. TÁRSIA, Cristiana Muraro. Obra citada. Pg. 89.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. pg. 589 São Paulo: Dialética, 2002.

⁶¹ Obra citada. Pg. 98.

⁶² MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns standards possíveis**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte. 2012. Pg. 162

Quanto à atividade-fim das agências reguladoras vale o princípio geral da autocontenção por parte dos Tribunais de Contas: há fortíssima preferência *prima facie* pelas razões técnicas expedidas pela agência. É o mecanismo usual de compatibilização entre a separação dos poderes, discricionariedade técnica e restrições ínsitas à atuação *ex ante*, de um lado, e dever de prestação de contas, princípio da eficiência e dever de controle operacional, por outro. Em princípio, valem as razões técnicas da agência quanto ao exercício de sua atividade-fim. Só não subsistem diante de fortíssimas razões contrárias.

Apesar da divergência doutrinária acima explicitada, fica assente que caberá sempre ao TCU a possibilidade de questionar a motivação que levou o Administrador a tomar determinada decisão. No entanto, não pode esse Tribunal arrogar-se da prerrogativa de decidir por conta própria qual solução deve ser adotada e obrigar a Administração a implementá-la, ainda mais quando se tratar de decisão legítima do Administrador e não estiver eivada de qualquer vício de legalidade e satisfatoriamente motivada.

Conforme demonstrado, a divergência sobre a possibilidade de controle dos atos finalísticos é acirrada na academia. Existem bons argumentos para ambos os lados. Sendo assim, a definição de competência é fluída a depender da corrente adotada pelo intérprete.

Pela perspectiva normativa e após a análise dos argumentos apresentados, não parece ser razoável dar ao TCU a possibilidade de controle dos atos finalísticos emanados pelas agências reguladoras, a não ser nos casos em que tais atos estejam eivados de algum vício. Não é prudente alargar a competência do TCU para reanalisar a decisão da agência reguladora. A análise do TCU nas questões finalísticas não pode substituir a decisão do órgão regulador, cabendo-lhe tão somente solicitar informações para perquirir a fundamentação da decisão tomada. Repita-se que tal perspectiva não retira do TCU a prerrogativa de avaliar as questões formais da decisão e sobre sua legalidade. Defende-se aqui que cabe à agência reguladora decidir em última análise, desde que sua decisão não esteja com vícios legais.

3.3 Jurisprudência do TCU sobre a sua competência fiscalizatória

Diante do grau hierárquico ocupado pelo TCU, a revisão dos seus atos cabe ao Supremo Tribunal Federal⁶³. Foi feita pesquisa no sítio eletrônico do STF para identificar possíveis ações judiciais propostas pelas agências reguladoras, solicitando a revisão do ato do TCU sob o

⁶³ Vide súmula 248 do STF: “É competente, originariamente, o Supremo Tribunal Federal, para mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União”.

argumento de invasão de sua competência, especificamente na estruturação de projetos de concessão de serviços públicos.

Não foi encontrado nenhum processo judicial que tratasse especificamente sobre esta matéria. A hipótese mais provável para isso é que as agências usam os meios recursais previstos no próprio Regimento Interno do TCU⁶⁴, que regulamenta, entre outras matérias, os recursos que podem ser interpostos àquele Tribunal. Por esta razão, faltam elementos jurisprudenciais externos ao TCU que possam estabelecer os limites de sua atuação.

Tendo em vista a inexistência de um limite legal claro e jurisprudencial externo ao TCU que defina qual o nível de análise pode ser realizada pela Corte de Contas, na fiscalização dos processos de concessão, foi feita uma pesquisa na jurisprudência do Tribunal a fim de traçar sua visão sobre o assunto.

Em algumas decisões do TCU, é possível perceber sua preocupação na preservação da competência das agências reguladoras, tentando estabelecer limites para sua fiscalização, em respeito às decisões que cabem ao Poder Concedente ou às agências reguladoras.

A leitura do acórdão 1126/2011 de 4/5/2011, que é oriundo de um pedido de reexame interposto pela ANTT, no qual são questionadas algumas determinações contidas no Acórdão 683/2010 de 7/4/2010, é bastante elucidativa sobre a atenção no TCU, no que diz respeito à preservação da competência decisória das agências reguladoras.

No relatório produzido⁶⁵ pela equipe técnica do TCU, consta histórico bastante interessante das decisões que delimitam os limites de atuação daquele Tribunal, *in verbis*:

Veja-se o disposto no voto do citado Acórdão 1.703/2004 – Plenário, que decidiu sobre Pedido de Reexame proferido nos autos do TC 006.931/2002-0:
Finalmente, ressalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo Tribunal de Contas da União. Contudo, caso o ato discricionário sob enfoque contenha vício de ilegalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das

⁶⁴ <http://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>

⁶⁵ O relatório técnico não possui efeito legal necessitando ser validado pelo voto do relator e, posteriormente, pelo Plenário. Neste caso, ele foi recebido em sua totalidade pelo Relator e pelo Pleno do Tribunal.

providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. (grifo nosso)

Já o voto condutor do Acórdão 2.023/2004 – Plenário traz que:

“Primeiramente, reitero meu entendimento, sustentado em outras ocasiões, de que o Tribunal de Contas da União possui competência para obrigar as agências reguladoras a cumprir suas atribuições legais. Em outras palavras, este Tribunal detém o poder-dever de fiscalizar a atuação finalística das agências reguladoras, quanto ao fiel cumprimento de suas atribuições dispostas em lei. Importa salientar que não se trata de invadir a esfera discricionária do ente público, mas de fiscalizar, nos termos do art. 70, caput, da Constituição Federal, a legalidade da sua atuação.”

Nos termos do Acórdão 608/2008 – Plenário:

“A partir desta premissa, verificada qualquer violação de disposição legal expressa, em ato vinculado, poderá o Tribunal determinar ao agente regulador que adote medidas tendentes ao saneamento do ato tido por irregular. Já, no caso de ato discricionário, praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe a esta Corte, tão somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas.”

Observe-se que, conforme o Acórdão 1.606/2006 – Plenário, não cabe ao TCU controlar diretamente as empresas permissionárias de serviços públicos, mas sim examinar se o poder concedente está fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos celebrados.

Dessa forma, é entendimento consolidado que o TCU, na fiscalização das atividades-fim das agências reguladoras, não deve substituir os órgãos que controla, nem estabelecer o conteúdo do ato de competência do órgão regulador, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando verificar a ocorrência de ilegalidade ou de omissão da autarquia no cumprimento das normas jurídicas pertinentes, conforme Acórdãos 1.703/2004, 1.926/2004, 2.022/2004, 2.067/2004, 556/2005 e 649/2005, todos do Plenário. (grifo nosso)

O que resta saber, no caso em concreto, é se o controle que está sendo exercido é de legalidade ou de mérito. No caso em exame, no qual a agência age de forma diversa da disposição legal, o TCU exerce jurisdição plena, determinando as providências necessárias ao cumprimento da lei.

Percebe-se, assim, que o discurso adotado pelo TCU tem sido o de autocontenção e garantia de atuação das agências nas questões regulatórias. Pela leitura das decisões da Corte de Contas, a sua intervenção só ocorreria quando o ato estivesse eivado de ilegalidade. Quando o ato tiver caráter discricionário, o único caminho possível seria a expedição de determinação.

O controle dos atos praticados pela agência reguladora teria como parâmetro o cometimento de ilegalidade na prática do ato, devendo estar em desconformidade com a legislação vigente. Esta limitação, no entanto, não fornece um delimitador objetivo, pois a conclusão sobre existência ou não de ilegalidade depende de interpretação do aplicador da norma, salvo, obviamente, os casos de ilegalidade patente em contrariedade ao descrito na lei.

Um exemplo disso é a reiterada jurisprudência do TCU no que diz respeito à impossibilidade da Petrobras ter regramento próprio para contratações. Este posicionamento é

oposto à jurisprudência do STF⁶⁶, o que demonstra que o critério da legalidade pode, no caso concreto ser fluido e comportar distintas interpretações.

Há por parte do TCU, ao menos na teoria, a clareza de que os atos discricionários não estariam sob sua jurisdição de análise, uma vez que caberia à agência determinar qual a solução a ser adotada no caso concreto de acordo, com sua avaliação baseada em sua prerrogativa legal.

Ainda no ensejo de buscar nas próprias decisões do TCU elementos que norteiem os limites de sua atuação, o Acórdão 943/2016, de 20 de abril de 2016, que se refere à concessão do lote rodoviário BR-364/365/GO/MG, traz um exemplo elucidativo sobre o controle das decisões realizado pelo TCU.

A Unidade Técnica na parte final do seu relatório faz a proposta de encaminhamento de sua análise para o Relator do processo. Neste caso, no item 551, “e” e “k” do referido Relatório Técnico, são feitas as seguintes recomendações⁶⁷:

- e) altere o parâmetro de desempenho para a instalação de placas educativas/indicativas para assegurar, desde a fase de trabalhos iniciais (até doze meses), quantidade de sinalização compatível com as necessidades da rodovia, em atenção ao princípio legal da suficiência e ao art. 144, § 10º, da CF/88 (itens 165-173 desta instrução);
- k) estabeleça obrigações claras para a concessionária de providenciar infraestrutura que garanta a comunicação direta e universal dos usuários da rodovia com os sistemas de atendimento ao usuário (itens 224-241 desta instrução);

Ocorre que o relator João Augusto Ribeiro Nardes, em seu voto, discorda do encaminhamento proposto pela equipe técnica sob o argumento de que tal imposição estaria dentro do campo decisório das agências reguladoras, não sendo possível a decisão ser tomada pela Corte de Contas. Neste sentido, seguem os excertos do referido voto:

(...)

Quanto à alínea “e” do item 551 da instrução de peça 28, reproduzida no relatório precedente, que trata da instalação de placas educativas/indicativas, cumpre esclarecer que o entendimento defendido pela unidade técnica é no sentido de que o percentual assinalado para o primeiro ano garanta quantidade de sinalização compatível com as necessidades da rodovia, em atenção ao princípio da suficiência, previsto no subitem 2.1 do Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, Volume III – Sinalização

⁶⁶ O STF já deferiu vários mandados de segurança no sentido da legalidade do Decreto 2745/98. Vide MS nº 27743 do Pretório Excelso, revogando a seguinte decisão do TCU – TC nº 00803720066 – Acórdão 1398/2008

⁶⁷ O termo recomendação aqui utilizado não se confunde com a recomendação contida no Acórdão final prolatado pelo TCU. A sua utilização neste caso se refere à recomendação feita pela Unidade Técnica ao Relator do processo que poderá acatá-la ou não.

Vertical de Indicação, aprovado pela Resolução-Contran 486, de 7 de maio de 2014 (<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/ManualSinalizacaoIndicativa3.pdf>), e ao art. 144, § 10, da Constituição Federal de 1988, resultado que não será atingido com o modelo atual (apenas 20% do total no primeiro ano), haja vista insucessos anteriores em contratos que previam a instalação desse mesmo percentual em 12 meses, como no caso da BR-040/DF/GO/MG. Oportuno destacar que o PER da Rodovia Eco 101 previa a instalação de 50% do total de placas educativas/indicativas até o término do segundo ano.

Entretanto, considerando que tal determinação envolve situação de insuficiência da opção regulatória, estando, pois, sutilmente **mais afeta à discricionariedade do poder concedente – e não a inconsistências ou deficiências do EVTEA, do PER ou da minuta do contrato –, este comando poderá ser melhor contemplado por meio de recomendação.** Assim, em atenção ao princípio da suficiência e ao art. 144, § 10, da CF/88, cabe recomendar à ANTT que altere os percentuais de atendimento do parâmetro de desempenho para a instalação de placas educativas/indicativas para assegurar, desde o início da execução contratual (até doze meses), quantidade de sinalização compatível com a necessidade da rodovia.

Assim, incumbe à ANTT realizar tal avaliação, assegurando, desde o início da execução contratual (até doze meses), quantidade de sinalização compatível com a necessidades da rodovia, em atenção ao princípio da suficiência e ao citado dispositivo da Constituição Federal de 1988.

(...)

Em relação à determinação no sentido de que a ANTT estabeleça obrigações claras para a concessionária providenciar infraestrutura que garanta a comunicação direta e universal dos usuários da rodovia com os sistemas de atendimento ao usuário (alínea “k” do item 551 da instrução de peça 28), a unidade técnica demonstrou que as prerrogativas dos usuários ficaram comprometidas sem a possibilidade dessa comunicação, o que atenta contra o conceito de serviço adequado previsto na legislação aplicável.

(...)

Em sua instrução, a unidade técnica busca caracterizar que os meios colocados à disposição dos usuários pela ANTT (câmeras do circuito fechado de TV e sistema de inspeção de tráfego), apesar de minimizar os problemas, não suprem a necessidade de comunicação direta e afrontam dispositivos do PER que indicam faculdades do usuário (“solicitar auxílio”, “informar acidentes” e “receber informações”), assim como todos os tempos de atendimento previstos, que são contados a partir do registro do incidente (no caso do 0800, da ligação direta do usuário).

Como essa questão já deve ter sido enfrentada pela própria ANTT ou por órgãos estaduais que gerem rodovias concedidas, é oportuno que a agência reguladora verifique quais as soluções empregadas em outras concessões, de forma a garantir comunicação direta e universal dos usuários da rodovia a sistemas de atendimento ao usuário, no intuito de aplicá-las ao presente caso.

Considerando que tal determinação envolve **situação de insuficiência da opção regulatória, estando, pois, sutilmente mais afeta à discricionariedade do poder concedente – e não a inconsistências ou deficiências do EVTEA, do PER ou da minuta do contrato –, entendendo que poderá ser melhor contemplada por meio de recomendação.** Assim, uma vez que a opção constante da presente concessão pode ser aperfeiçoada, nos termos da plenitude de atendimento prevista no art. 6º da Lei 8.987, de 13/2/1995, cabe recomendar à ANTT que estabeleça obrigações claras para a concessionária de providenciar infraestrutura que garanta a comunicação direta e universal dos usuários da rodovia com os sistemas de atendimento ao usuário.

Tem-se, portanto, neste caso em concreto, a assunção pelo próprio Tribunal de Contas da União dos limites de sua atuação. Aqui o controle ocorreu ainda na fase instrutória do

processo e o reconhecimento pelo próprio relator de que a unidade técnica excedeu seu poder de determinação para tomada de decisão da ANTT.

Surge como balizador desta decisão o conceito de situação de insuficiência da opção regulatória, o que, pela leitura da referida decisão, parece significar o espaço discricionário para a decisão da agência reguladora. Infelizmente, este conceito não é bem delimitado na decisão do TCU.

Apesar de, no campo teórico do próprio TCU, parecer que há consenso sobre a competência das agências reguladoras para decidir aspectos regulatórios num processo de concessão, faz-se necessário verificar se esta competência é respeitada na prática.

Nesse sentido, o próximo capítulo analisará as decisões do TCU, visando verificar como ocorre a intervenção desta Corte de Contas em matérias que deveriam conceitualmente estar na alçada decisória das agências reguladoras ou do poder concedente.

A questão que se coloca é que a definição sobre o que deve ser avaliado está sob a égide do próprio TCU. Será a sua interpretação, no caso concreto, o que determinará qual o limite para imposição de determinações compulsórias à agência reguladora. Em caso de insatisfação da agência, restam duas soluções fáticas: a primeira é recorrer ao próprio Tribunal para que revise seu ato; a segunda é a propositura de ação no Supremo Tribunal Federal.

Conforme asseverado até este momento, o segundo movimento não foi feito pelas agências. Essa passividade pode ter como causa a obrigatória interação com o TCU, seja nas suas atividades-meio seja nas finalísticas e, por essa razão, é melhor ter a Corte de Contas como aliado, evitando-se ao máximo animosidades.

Outro argumento bastante frequente nas decisões do TCU é a fiscalização denominada de segunda ordem, a qual recai sobre as agências reguladoras e sobre o cumprimento de seu dever de fiscalizador. É ponto pacífico na Corte de Contas que não é possível a verificação diretamente no concessionário, cabendo ao TCU avaliar a atuação e os procedimentos das agências quando do exercício do seu papel normativo e sancionador.

A fim de esclarecer o que seria a fiscalização de segunda ordem, traz-se o excerto do voto no Ministro Vital do Rêgo, que serviu de base para o acórdão nº 1407/2016 de 01/06/2016, o qual analisa a possibilidade de o TCU fiscalizar o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS):

(...)

19. Passo a tratar, por fim, do controle de segunda ordem.

20. Para melhor compreensão da matéria, trago a lume as sempre abalizadas palavras do Ministro Benjamin Zymler (in *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005):

Frise-se, ademais, que a Constituição Federal expressamente atribui ao Tribunal o poder de realizar auditoria de natureza operacional, nos termos do art. 71, inciso IV. O objetivo deste tipo de auditoria vai muito além do mero exame da regularidade contábil, orçamentária e financeira. Intenta verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade, consoante estabelecidos em lei, e tem por fim examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.

Especificamente em relação às agências, busca o Tribunal, ao realizar auditoria operacional, verificar se estão sendo atingidas as finalidades decorrentes de sua criação. Isso abrange a avaliação do cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora.

Dessa forma, impõe-se ao Tribunal a fiscalização da execução dos contratos de concessão. Uma análise superficial identificaria redundância das esferas de controle, uma vez que uma das atribuições das agências é exatamente fiscalizar os contratos de concessão e de permissão e os atos de autorização de serviços públicos.

Entretanto, fica claro que o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, que busca identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos. Deve a Corte de Contas, no desempenho de sua competência constitucional, atestar a correção da execução desses contratos. Ressalte-se, todavia, que esta ação não visa a concessão em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados.

Não deve o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população.

Deve-se ter em mente, nessa nova concepção de Estado, e porque não dizer de controle, que o objetivo último a ser buscado é a eficiência da prestação de serviços públicos. A pronta atuação do Tribunal deve contribuir para o atingimento desse nível de excelência.

Assim, a atuação do TCU está limitada à verificação dos atos oriundos das agências reguladoras, não tendo a prerrogativa de impor sanção ao concessionário diretamente.

A análise jurisprudencial oriunda do TCU demonstra que seu discurso visa referendar o espaço de atuação das agências reguladoras, não interferindo nas suas decisões regulatórias finalísticas. Ocorre que a definição do que seria o campo discricionário das agências termina ficando a cargo do TCU. Caso esse tribunal não aja com autocontenção ou revise seu ato, a decisão ficará sempre sob a sua égide. As instâncias de controle sempre tenderão a autointerpretações maximizadoras do seu poder, que podem desfazer decisões administrativas perfeitamente razoáveis⁶⁸.

⁶⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos. Obra citada. Pg. 5.

Ainda no intento de avaliar a atuação do TCU no controle das atividades-fim das agências, um exemplo emblemático de acompanhamento feito pela Corte de Contas é o caso de reajuste tarifário no setor elétrico. A preocupação era tão acentuada que o Tribunal expediu uma instrução normativa específica, de número 43/2002, no intuito de acompanhar de perto todas as fases dos processos de revisão tarifária periódica relativos aos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica, conduzidos pelo órgão regulador do setor elétrico.

A análise desse caso é relevante pelo desfecho, fruto de um relacionamento de confiança entre o TCU e Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. É que em 2017, a citada IN 43/2002 foi revogada, tendo em vista o amadurecimento da metodologia desenvolvida pela agência, que, na visão da Corte de Contas, aumentou a robustez na definição dos reajustes anuais.

O TCU expediu a IN 77/2017, revogando expressamente a IN 23/2002, tendo em vista o baixo risco apresentado pelo atual processo de revisão tarifária promovido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Assim, após quinze anos de acompanhamento do cálculo dos reajustes tarifários de distribuição de energia, o TCU retira-se da fiscalização dessa atividade.

Seguem a seguir trechos do relator Benjamin Zymler no processo nº 022.036/2014-8, que resultou no acórdão nº 991/2017:

(...)

Cabe destacar que, quando a IN nº 43/2002 foi publicada, a Aneel não possuía um procedimento estruturado para revisar as tarifas dos contratos de distribuição, o que inviabilizava a realização de uma análise de processos destinada a orientar a fiscalização do TCU para objetos de maior risco e, por conseguinte, com maior potencial de gerar benefícios de controle.

Contudo, ao longo do tempo, o processo de RTP desenvolvido pelo regulador relativamente aos contratos de concessão das distribuidoras de energia elétrica se tornou robusto. Isso permitiu que o TCU avaliasse a metodologia utilizada pela Aneel, mapeasse o mencionado processo de RTP e identificasse os riscos a ele relacionados.

(...)

Também deve ser considerado que a Agência passou a publicar em seu site (<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=13&idPerfil=2>) os dados exigidos pelo normativo do TCU em tela, a exemplo do teor da proposta do regulador e do resultado definitivo de cada revisão tarifária, acompanhados pelo relatório de análise das contribuições propostas em audiência pública. Assim sendo, o processo de RTP se encontra atualmente em um patamar de transparência que permite a verificação dos cálculos realizados pela Agência por qualquer cidadão que detenha o conhecimento necessário, o que permite a manutenção da expectativa de controle.

É bastante interessante analisar o fundamento do afastamento do TCU da fiscalização deste setor. Ao que parece, após a criação de metodologia que atendesse aos requisitos legais e da publicização do procedimento de reajustes tarifários, a agência demonstrou que tem capacidade de operacionalizar tal atividade sem o controle concomitante por parte do Tribunal.

Tal medida é salutar pois o TCU pode otimizar a utilização de seus recursos humanos e materiais em questões que mereçam o acompanhamento mais incisivo da Corte de Contas.

Conforme verificado, a análise doutrinária sobre a possibilidade de fiscalização do TCU não oferece uma solução uníssona para o problema, ao revés, possui vertentes opostas que interpretam os poderes de atuação de TCU com mais liberdade ou maior restrição de ação.

Por sua vez, com a verificação da construção jurisprudencial do próprio TCU, chega-se ao resultado de que existe o entendimento por parte desse Tribunal de que o espaço decisório das agências deve ser respeitado. Ocorre que a definição do espaço decisório das agências está na alçada do TCU, que, caso não reconheça a discricionariedade, terá como válida a sua decisão.

Assim, torna-se fundamental avaliar se a prescrição do que é defendido por parte da doutrina e pelo TCU ocorre na prática julgadora da Corte de Contas. Tal avaliação empírica será apresentada no próximo capítulo.

A partir do resultado obtido será possível verificar se as determinações do TCU estão de acordo com o entendimento do próprio Tribunal, no sentido de preservar o espaço decisório das agências reguladoras. O preceito traçado, apesar da discussão doutrinária, como parâmetro de verificação nesse trabalho, é que a prerrogativa decisória da agência das matérias relacionadas com a regulação deve ser resguardada.

4. ANÁLISE EMPÍRICA DA FISCALIZAÇÃO DO TCU NOS MODAIS LOGÍSTICOS

4.1 Metodologia para análise dos acórdãos selecionados

Após a verificação da forma como foi formatada a participação do TCU nos processos de desestatização e da análise do posicionamento doutrinário, e da jurisprudência da Corte de Contas sobre a possibilidade de fiscalização de matérias regulatórias, esse capítulo fará a análise das decisões do TCU nos processos de desestatização. Serão analisados quarenta acórdãos do Tribunal de Contas da União oriundos dos seguintes setores: rodovias, ferrovias, portos e aeroportos. Tal avaliação empírica tem como escopo verificar a forma como a fiscalização do TCU vem sendo executada e a possível interferência em matérias que seriam, num primeiro momento, de competência das agências.

A decisão de analisar o setor logístico tem como premissa a proximidade das atividades desenvolvidas nesses setores e a possibilidade de comparar os resultados obtidos com maior precisão. Além disso, o setor logístico, por ter sido o pioneiro na concessão de serviços públicos, tem boas evidências do comportamento da atuação do TCU, bem como maior número de informações.

O corte temporal para a seleção dos acórdãos do TCU será o ano de criação da respectiva agência reguladora. As agências que serão tratadas neste trabalho são: Agência Nacional de Transportes Terrestres- ANTT, Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

O recorte cronológico, que definiu a partir de qual ano será selecionado o acórdão, servirá apenas para a ANTT e a ANTAQ, pois antes da criação dessas agências já haviam sido realizados processos de concessão de serviços públicos. Conforme visto os processos do setor rodoviário foram conduzidos inicialmente pelo DNER e a ANTAQ só passou a ser responsável pelos estudos preparatórios a partir de 2012, com a edição da Medida Provisória 595, posteriormente convertida na Lei 12.815 de 5 de junho de 2013. Em relação aos processos de concessão aeroportuária seu início deu-se a partir de 2011, quando a agência Nacional de Aviação Civil já estava estruturada e em funcionamento.

Os processos de liberalização e descentralização do setor de transportes rodoviário, ferroviário e portuário tiveram início na década de 1990, mas a reorganização institucional do setor ocorreu apenas em 2001, com a promulgação da Lei nº 10.233. No entanto, a efetiva implantação das agências reguladoras setoriais ocorreu em 2002. A intenção do Poder Executivo, refletida no PL enviado ao Congresso, era a criação de uma agência reguladora para o setor. No entanto, foram criadas duas agências autônomas vinculadas ao Ministério dos Transportes: uma para os transportes terrestres (rodoviário e ferroviário) e outra para o transporte aquaviário (navegação e portos), ANTT e a ANTAQ, respectivamente⁶⁹.

O ponto de corte temporal para os acórdãos do TCU a ser analisados no setor de rodovias é o ano de 2002 com a efetiva implantação da agência responsável por esse setor. Em relação à seleção dos acórdãos referentes ao setor portuário, o corte cronológico usado foi distinto, pois a ANTAQ só passou a ter competência para efetuar o procedimento licitatório a partir de 2012. Assim, nos processos de arrendamentos portuários, o ano de corte será 2012. Para o setor aeroportuário, que tem a ANAC como a agência responsável, há uma configuração distinta, uma vez que sua criação ocorreu em 2005 e foi implementada em 2006⁷⁰. Portanto, no início das concessões aeroportuárias em 2011,⁷¹ a agência já estava atuante. Em resumo, os acórdãos analisados referentes à ANTT, no setor de rodovias, serão do interregno de 2002 a 2016, os que relacionados à ANTAQ, no setor portuário, de 2012 a 2016, e os da ANAC, no setor aeroportuário, de 2011 a 2016.

Uma vez definida a data de corte dos acórdãos, o passo seguinte foi verificar nas agências reguladoras quais os ativos referentes a cada um dos setores foram efetivamente concedidos à iniciativa privada. Outro corte da pesquisa será que a análise das decisões do TCU está limitada aos processos de concessão que foram finalizados e tiveram o contrato de concessão efetivamente assinado. Tal diretriz tem o objetivo de garantir que o trabalho ora executado analisará todas as decisões do TCU que dizem respeito às concessões vigentes.

A análise realizada neste trabalho ficará restrita às determinações contidas nos acórdãos referentes ao primeiro e segundo estágios, uma vez que o tipo de análise dos outros estágios tem como escopo a avaliação do procedimento licitatório. Conforme explicitado no item 2.4,

⁶⁹ Gomide, Alexandre De Ávila. **A gênese das agências reguladoras de transportes: O institucionalismo histórico aplicado à reforma regulatória brasileira dos anos de 1990**. Texto para discussão. IPEA. 2012

⁷⁰ <http://www.anac.gov.br/A_Anac/institucional>. Acessado em 11/09/2017.

⁷¹ <<http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>>. Acessado em 11/09/2017

esses estágios referem-se à análise dos estudos de viabilidade e aprovação do edital e seus anexos.

Tendo em vista a existência de dois tipos de decisão nos acórdãos do TCU: determinação e recomendação, a primeira sendo de implementação obrigatória e a segunda facultativa, serão analisadas neste trabalho apenas as determinações.

As recomendações não serão analisadas neste trabalho. Tendo em vista o caráter facultativo de acatar ou não a recomendação do TCU, parte-se da premissa que essa orientação não tem o condão de impor determinado comportamento, mas apenas orientar. Não há, portanto, a retirada do poder de decisão da agência reguladora. Considera-se que as recomendações, por não serem de implementação compulsória pelas agências, podem ser configuradas como diretivas da Corte de Contas. Assim, a análise deste trabalho não levará em consideração as recomendações contidas nos acórdãos.

4.2 Proposta de classificação das determinações do TCU

A análise dos acórdãos do TCU será realizada para um cada um dos setores estudados neste trabalho. No intuito de sistematizar a pesquisa, tal análise será a mesma para todos os setores, baseada nos seguintes parâmetros: (i) proposição de uma classificação que possibilite a junção de matérias correlatas, (ii) definição do que se entende como matéria regulatória, (iii) contextualização do setor, (iv) análise das questões regulatórias.

A análise dos acórdãos revela que são tratadas nesses documentos matérias de natureza distintas, como por exemplo, a necessidade de correção de valores de custos ambientais e a impossibilidade de utilização de arbitragem nos contratos de concessão. Tal fato corrobora a amplitude de avaliação realizada pelo TCU, bem como demonstra que sua análise adentra nas minúcias daquilo que é apresentado pelas agências reguladoras.

Apesar dessa amplitude de análise executada pelo TCU foi possível classificar tais decisões em quatro categorias com intuito de balizar quais determinações serão aqui analisadas. São elas: **a) determinações corretivas e legais** – são aquelas em que o Tribunal aponta erros e inconsistências nos estudos, requer a revisão dos custos, identifica ausência de algum elemento essencial ou realiza o controle de legalidade; **b) determinações educativas** – objetivam

melhorar a qualidade dos estudos nos próximos projetos a ser apresentados pelas agências prospectivamente ou pode ainda ter como objeto o desenvolvimento de determinada metodologia para melhoria regulatória pela agência, **c) determinações contratuais e editalícias** – estão relacionadas a questões de melhor definição ou inclusão de cláusula nos contratos de concessão e no edital de concessão, **d) determinações regulatórias** – estão relacionadas aos aspectos regulatórios das concessões que afetam a estrutura contratual e impõem à agência obrigação de fazer, inclusive como deve ser feito.

Quando se tratar de uma determinação com objetivo de promover alguma correção de valores ou que determine o ajuste por imposição legal, a classificação usada é a determinação do tipo corretiva. Quando a determinação for de natureza prospectiva ou que imponha a criação de metodologia para fundamentação de determinada decisão, entende-se que a função de tal diretriz tem caráter educativo. Para as determinações contratuais e editalícias, o critério foi objetivo, sendo indicada a necessidade de ajuste em alguma cláusula na minuta de contrato ou na minuta de edital. Para as determinações regulatórias, o critério usado é que a determinação do TCU adentra na definição de matéria regulatória e impõe à agência a forma de implementação dessa decisão.

Considera-se que os três primeiros tipos de determinações são considerados como efetivo papel de fiscalização do TCU a ser realizado nos projetos de infraestrutura, não suscitando dúvidas de que a intervenção do TCU nesses casos é legítima. Assim, considera-se que existe a competência do TCU para expedir determinações de caráter corretivo e seu papel educativo para a melhoria dos projetos ou de nível de informações a ser apresentadas nos estudos que balizam a realização da licitação, bem como na promoção da melhoria dos termos contidos na minuta de contrato e do edital. É no quarto tipo, que diz respeito aos aspectos regulatórios, que surge o questionamento sobre qual deve ser o papel das Cortes de Contas.

Essa classificação teve por base ainda a proposta de *standards*, propostos por José Vicente⁷², em seis categorias para orientar a atividade de controle dos Tribunais de Contas em relação às agências reguladoras. Tais *standards* são:

(i) a atividade-meio das agências está subordinada ao controle da Corte de Contas, como qualquer outro ente da Administração Pública;

⁷² MENDONÇA, José Vicente Santos. Obra citada. Pg 17

(ii) a atividade-fim, vale o princípio da autocontenção, devendo ser dada preferência às decisões técnicas das agências;

(iii) o fato de que o Tribunal pode exercer controle pleno sobre os vícios procedimentais da decisão ou elaboração da norma e os vícios de participação democrática;

(iv) de que pode haver atuação do TCU quando houver clara e inequívoca omissão regulatória;

(v) de que pode haver controle do ato quando a agência estiver praticando ilegalidade rigorosamente literal,

(vi) quanto à qualidade da regulação caberia ao Tribunal expedir recomendações não vinculantes.

Assim, fica corroborado que a problemática acerca da intervenção do TCU é restrita às questões relacionadas às atividade-fim das agências, especialmente. A descrição do quadro das decisões do TCU juntamente com a sua tipologia dará a exata dimensão da forma como essa Corte vem atuando, além de esclarecer, de maneira acadêmica, por quais matérias regulatórias o TCU tem demonstrado maior interesse quando da análise dos processos de fiscalização nos modais logísticos analisados.

4.3 Conceito de intervenção do TCU em matérias de natureza regulatória

Na década de 1990, diante da forte crise econômica, o governo brasileiro precisava desenvolver um novo modelo institucional para implantar o modelo de estado regulador sem a regra clássica da hierarquia. Para tanto, criou um tipo de entidade estatal sem subordinação ao poder central e que teria a prerrogativa de dar a última palavra na esfera administrativa⁷³. Essa lógica conceitual já foi abordada neste trabalho, pois serviu de base para a criação das agências reguladoras com capacidade decisória, autonomia, mandato fixo para seu corpo diretivo e especialização técnica. Tal modelo veio atender ao anseio do mercado que começava a desbravar setores antes estatais e exigia que a regulação fosse executada por entes

⁷³ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out/dez 2013. Pg. 242

independentes. De acordo com Guerra⁷⁴, com essa inovação, o governo do Presidente Fernando Henrique pretendeu demonstrar que a regulação deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado. A regulação, portanto, deveria sair do campo político.

Os governos vêm se utilizando cada vez mais de uma combinação de acordos contratuais, regras e outras ferramentas regulatórias para alcançar uma variedade de objetivos sociais e econômicos. Reguladores independentes também são amplamente solicitados a equilibrar valores econômicos e sociais algumas vezes contraditórios⁷⁵. Nesse sentido, conceitualmente a finalidade das agências reguladoras é de regular o setor no intuito de ser uma terceira parte independente entre o Governo, concessionário e consumidor.

Ocorre que as instituições de controle, por meio de sua fiscalização, podem deslocar competências decisórias da esfera administrativa para sua esfera controladora. No final, o ente controlador substitui o órgão burocrático para decidir relevantes questões de políticas públicas, regulação e aplicação orçamentária⁷⁶. Questão interessante que se coloca é a distinção de perspectiva das agências reguladoras e do Tribunal de Contas da União sobre matérias regulatórias. Monique Menezes⁷⁷ afirma que, assumindo a perspectiva do usuário-consumidor, existem incentivos distintos entre esses dois entes para o resultado das regras regulatórias.

As agências possuem uma diretoria estável, porém provisória que prioriza a tecnicidade das suas decisões. Por sua vez, o TCU é um órgão auxiliar do Poder Legislativo, seus ministros possuem mandato vitalício e, embora possua um quadro técnico qualificado, prioriza o cumprimento da lei em detrimento de questões técnicas de um mercado específico. Para Menezes⁷⁸, a atuação de fiscalização do TCU seria a solução mais adequada, pois teria como base a utilização da lei que possui caráter universalista, e, portanto, garantiria o equilíbrio das regras para a realização de acordos mais justos entre os usuários e as empresas, quando

⁷⁴ Id

⁷⁵ WINDHOLZ, Eric e Graeme A. Hodge. **Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set./dez. 2013. Pg. 14

⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União**. Disponível em :

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3950200/mod_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%3B%20juliana%20bonacorsi%20de%20palma%3B%20danielo%20rehem%3B%20nara%20merlотно%20C%20yasser%20gabriel%20-%20reputa%C3%A7%C3%A3o%20institucional%20....pdf>

⁷⁷ MENEZES, Monique. **O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços**. Revista de Sociologia Política, V. 20, n.43, out/2012, pg. 110

⁷⁸ Id.

comparado às agências reguladoras, cujo objetivo constitucional é manter o equilíbrio econômico e operacional do sistema regulado.

Ocorre que a visão a ser adotada na regulação não pode ser apenas sob a ótica do usuário, tendo em vista que os interesses do setor regulado também devem ser considerados na discussão. Nesse sentido, afirmar que o TCU, por sua missão de aplicação da lei, teria mais condições de determinar a medida regulatória, não é adequado, pois pode gerar desequilíbrios regulatórios que desincentivem a participação privada em determinado setor. Citem-se, como exemplo, os reajustes tarifários, que, sob a perspectiva do usuário, devem ser evitados ou minorados ao máximo possível.

No entanto, a interpretação estrita de modicidade tarifária pode gerar sérios efeitos na qualidade dos serviços prestados e diminuir o nível de investimento necessário para prestação do serviço. A manutenção do equilíbrio regulatório não pode assumir uma posição subjetiva entre consumidor e prestador do serviço, mas ter em mente a necessidade de manter o equilíbrio do sistema regulatório, criando incentivos para que o privado opere de forma mais adequada o serviço e seja remunerado por uma tarifa que lhe garanta a rentabilidade adequada e seja justa para o usuário.

Assim, para análise dos acórdãos exarados pelo TCU, toma-se como premissa que as matérias regulatórias são de competência das agências reguladoras e a intervenção a ser analisada ocorrerá naqueles casos em que o TCU determina qual deve ser a decisão a ser adotada pela agência. Neste sentido, as determinações de caráter orientativo, como por exemplo, a definição de uma metodologia, não configuram conceitualmente uma intervenção do TCU no âmbito de uma decisória. Considera-se, portanto, uma intervenção regulatória do TCU quando esta Corte de Contas determina aquilo que deve ser feito, bem como a maneira como deve ser feita a metodologia, por exemplo.

Considera-se neste trabalho que houve intervenção do TCU em questões regulatórias quando o TCU interferiu diretamente no sistema regulatório e impôs as agências reguladoras, determinado comportamento sem que lhe fosse dada a oportunidade de propor outra solução.

4.4 Setor Rodoviário

4.4.1 Contextualização do Setor Rodoviário

Antes de iniciar a análise das decisões, cabe fazer uma breve contextualização do setor rodoviário, trazendo alguns dados relevantes e explicando as funções dos seus principais atores. No Brasil, 61% das cargas transportadas são deslocadas por meio de rodovias, que somam 61 mil quilômetros de vias federais pavimentadas. Desde o início da escolha pelo escoamento de carga por esse modal, a matriz de transporte brasileira tem se mantido desequilibrada, com larga vantagem para esse modal, cujos custos, muitas vezes, superam aqueles apresentados por outros⁷⁹.

As primeiras concessões de trechos rodoviários ocorreram na década de 1990, justificadas pela escassez de recursos públicos para investimentos no modal rodoviário, concomitante à deterioração da malha rodoviária nacional. Em 1993, foi criado o Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe). Esse programa estava em sintonia com o Programa Nacional de Desestatização (PND), tendo sido concedidos, inicialmente, os trechos da BR-116/RJ/SP (São Paulo – Rio de Janeiro), da BR-101/RJ (Ponte Rio-Niterói), da BR-040/MG/RJ (Rio de Janeiro – Juiz de Fora), da BR-116/RJ (Rio de Janeiro – Teresópolis) e da BR-290/RS (Porto Alegre – Osório). Com extensão total de 868,7 km, alguns desses trechos já haviam sido, inclusive, pedagiados pela União anteriormente⁸⁰.

O setor de rodovias foi o precursor nas concessões de serviços públicos. Mesmo antes da existência da lei 8.987/95, que traria as diretrizes gerais para a concessão, o extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) já promovia licitações para conceder trechos rodoviários. Existem atualmente 20 concessões de rodovias com contratos em vigor⁸¹, totalizando 9.344,8 km, sendo cinco concessões contratadas pelo Ministério dos Transportes, entre 1994 e 1997, uma pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, em 1998, com posterior

⁷⁹ **Rodovias Brasileiras: gargalos, investimentos, concessões e preocupações com o futuro.** IPEA. Livro 6. Volume 1. 2010 Pg. 407

⁸⁰ TCU. disponível em:

<http://portal.tcu.gov.br/data/files/C2/75/07/33/DFC1E4104E3AC1E41A2818A8/TRANSPORTE_Concess%C3%B5es%20Rodovi%C3%A1rias%201%C2%AA%20Etapa_web.pdf>

⁸¹ A BR 153/MT, que era administrada pela Galvão Rodovia, teve sua caducidade declarada em pelo Decreto S/N de 15/08/2017.

Convênio de Delegação das Rodovias denunciado e o contrato sub-rogado à União em 2000 , oito concessões referentes à segunda etapa - fases I (2008) e II (2009), uma concessão referente à terceira etapa – fase II (2013) e, por fim, sete concessões pertencentes à fase III (2013-2015) da terceira etapa⁸².

Institucionalmente, o setor rodoviário é estruturado com os seguintes atores: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), Agência Nacional de Transportes Terrestres, Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Empresa de Planejamento Logístico (EPL). O MTPA é o responsável pela definição das políticas públicas setoriais, bem como pela aprovação do Plano de Outorga para a concessão de determinado trecho rodoviário. Cabe ainda ao Ministério a formulação, coordenação e supervisão das políticas nacionais para o setor, a participação no planejamento estratégico, a elaboração de diretrizes para a sua implementação e a definição das prioridades dos programas de investimentos⁸³. O DNIT é uma autarquia federal vinculada ao Ministério dos Transportes, criada pela Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, em substituição ao antigo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, com o objetivo de implementar a política de infraestrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade e ampliação mediante construção de novas vias.⁸⁴ Apesar de não ser um órgão diretamente vinculado à concessão rodoviária, o DNIT tem o papel de manter e operar as vias federais. Em alguns contratos de concessão, cabe ao Departamento fazer investimentos em determinados trechos rodoviários, como duplicação, por exemplo.

A ANTT, criada pela Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, é a agência reguladora responsável pela regulação e supervisão do setor rodoviário. Tem atribuições relevantes no que se refere às concessões, especialmente as seguintes: (i) propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas; (ii) editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos ; (iii) administrar os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei; (iv) realizar a revisão e o reajuste de tarifas dos serviços prestados; (v) fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados.

⁸² <http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras.html>. Acessado em 11/09/2017

⁸³ <<http://transportes.gov.br/politica-de-transportes.html>>

⁸⁴ <<http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/insitucional>>

Outro ator no processo de concessão rodoviárias é a EPL. Criada inicialmente para ser a representante da União na gestão do Trem de Alta Velocidade entre o Rio de Janeiro e São Paulo, a empresa mudou sua forma de atuação, tendo atualmente papel relevante nos processos de concessão rodoviária. Cabe à EPL a avaliação dos estudos recebidos por meio de Procedimento de Manifestação de Interesse⁸⁵. Esses estudos são entregues ao poder público para fundamentar o futuro certame. A EPL dá suporte às atividades de análise dos projetos apresentados pelos autorizados e o auxílio na identificação das alterações e ajustes necessários. Além disso, a EPL, nas concessões de rodovias e ferrovias, atua em apoio à ANTT e ao Ministério dos Transportes na produção dos documentos editalícios a serem empregados na eventual licitação subsequente a esse procedimento. A EPL é responsável pela obtenção das licenças ambientais prévias dos empreendimentos que serão concedidos.

Esse é o cenário institucional das concessões rodoviárias, no qual se percebe a necessidade de interação de várias instituições com distintas atribuições. Apesar de receber o auxílio da EPL, a ANTT continua a ser a responsável formal pelos estudos, bem como pela produção do edital de licitação e seus anexos.

A ANTT, quando da sua criação, recebeu apoio por parte do TCU que corroborou a prerrogativa legal para conduzir os certames licitatórios e realizar os estudos preparatórios dos processos de concessão rodoviária. Esse posicionamento está registrado no acórdão 2299/2005, que definiu a competência da ANTT, para conduzir os certames licitatórios para outorga e, portanto, ser representante do Poder Concedente. Esse foi o primeiro processo em que houve atuação da ANTT como condutora do processo licitatório e dos estudos de viabilidade.

O entendimento no Ministério de transportes era de que a condução do processo deveria ficar sob sua responsabilidade. É o que se depreende da leitura do relatório da equipe técnica nos seguintes itens:

24. A linha de raciocínio adotada pela Consultoria Jurídica é no sentido de que a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, é que deveria atuar como poder concedente e que a faculdade de celebração de contratos de outorgas atribuída à ANTT, por meio da Lei nº 10.233/2001, constituir-se-ia em uma liberalidade do legislador.

25. Para fundamentar seu entendimento, a Consultoria Jurídica recorda que o art. 175 da Constituição Federal estabeleceu que ‘incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços público’, e que, em decorrência dessa reserva legal, o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.987/1995 estabelece como Poder Concedente a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço.

⁸⁵ <<http://www.epl.gov.br/procedimentos-de-manifestacao-de-interesse-pmi>>

Conclui, assim, que desse mandamento resulta o entendimento de que as autarquias não podem ser poder concedente.

Tal argumentação não prosperou e o TCU deliberou pela possibilidade de que a ANTT represente o Poder Concedente e conduza os certames licitatórios. Tal posicionamento foi fundamental para fortalecer a ANTT, que, naquele momento, havia sido recém-criada, e teve o reconhecimento de sua competência na estruturação dos processos de concessão garantido pelo TCU, *in verbis*:

33. Portanto, diante do extenso rol de atribuições conferidas pela Lei nº 10.233/2001 à ANTT, envolvendo a elaboração do plano de outorgas, do disciplinamento das licitações, da elaboração dos editais de licitação, publicação dos editais, julgamento da licitação, edição dos atos de outorga e assinatura dos contratos de concessão, não restam dúvidas quanto à competência legal da ANTT para, em nome da União, atuar como poder concedente. Nesse contexto, a ela cabe elaborar os estudos de viabilidade e conduzir os processos licitatórios em andamento e futuros.

34. Donde se concluir que a Lei nº 10.233/2001 não contém liberalidades para com a ANTT, como afirmado pela Conjur/MT. Ademais, não é válido o argumento trazido pela Conjur/MT de que competências atribuídas ao Departamento de Outorgas, por meio do Decreto nº 4.721/2003, revogam as estabelecidas para a ANTT pela Lei nº 10.233/2001.

35. A atuação do Ministério dos Transportes, entretanto, não perde relevância haja vista a atribuição precípua de aprovar os planos de outorgas elaborados pela ANTT e, no caso dos processos de desestatização que se analisa, atuar como Gestor, como determinado pelo art. 3º do Decreto nº 2.444/1997 (fls. 251/252).

A conclusão da equipe técnica referendada pelo Ministro Relator Augusto Nardes é enfática ao garantir à ANTT a prerrogativa de conduzir o processo licitatório e a realização dos estudos preparatórios. Asseverando que: “a ANTT é legalmente competente para desenvolver os estudos de viabilidade, conduzir os procedimentos licitatórios para outorga de concessões de rodovias federais e firmar, em nome da União, os correspondentes contratos de concessão”.

4.4.2 Análise dos acórdãos do setor rodoviário

As concessões rodoviárias são divididas em três etapas por critério cronológico: primeira etapa (1993- 1997), segunda etapa (2005-2009) e a terceira etapa a partir de 2013. Serão analisadas as decisões do TCU apenas referentes à segunda e à terceira etapa, tendo em

vista a criação da ANTT, que ocorreu em 2002. A tabela mostra os processos que são objetos de análise nessa pesquisa:

	Rodovias	Processo TCU	Acórdão TCU
2ª Etapa	BR 116 - PR/SC	008.897/2005-0	2299/2005; 2047/2006; 1405/2015
	BR 116 - PR / BR 376 PR / BR 101 SC	008.904/2005-6	2299/2005; 2047/2006; 1405/2015
	BR 116 - SP/PR	008.903/2005-9	2299/2005; 2047/2006; 1405/2015
	BR 381 - MG/SP	008.901/2005-4	2299/2005; 2047/2006; 1405/2015
	RBR 101 - RJ	008.900/2005-7	2299/2005; 2047/2006; 1405/2015
	BR 153 - SP	008.896/2005-2	2299/2005; 2047/2006; 1405/2015
	BR 393 - RJ	008.898/2005-7	2299/2005; 2047/2006; 1405/2015
	BR 116/324 - BA; BA 526/528	016.189/2008-9	2104/2008; 2961/2010
3ª Etapa	BR 101 - ES/BA	003.499/2011-1	1656/2011, 2573/2012
	BR 050 - GO/MG	016.442/2013-0	1974/2013; 290/2015
	BR 060/153/262 - DF/GO/MG	021.554/2013-7	2604/2013; 290/2015
	BR 163 - MT	021.554/2013-7	2604/2013; 290/2015
	BR 163 - MS	024.621/2013-7	3033/2013; 290/2015
	BR 040 - DF/GO/MG	030.209/2008-3	683/2010; 3160/2012; 3204/2013; 290/2015
	BR 153 GO/TO	021.554/2013-7	2604/2013; 290/2015
	BR 101 - RJ (ponte RJ-Niterói)	033.019/2014-2	86/2015; 1890/2015

Tabela 1 – Processos de fiscalização do TCU nas concessões rodoviárias. Fonte: Produzida pelo próprio autor com base em dados obtidos no site do TCU e da ANTT⁸⁶

Metodologicamente, os acórdãos aqui analisados são os referentes aos processos de concessão que tiveram o contrato assinado, tendo, portanto, completado o ciclo da licitação. Assim, não serão considerados processos ainda sob análise do TCU ou que não tiveram a concessão efetivamente implementada. Apenas os acórdãos referentes à análise do primeiro e segundo estágio estão contemplados neste trabalho, tendo em vista ser nessas etapas que o TCU avalia os estudos de viabilidade, bem como o edital e seus anexos.

⁸⁶ O número usual de acórdãos, relativos ao primeiro e segundo estágio de fiscalização por processo, são dois. Os processos que fogem desse padrão têm especificidades como pedido de reexame - os estudos tiveram que ser reapresentados ao TCU para uma nova avaliação. O Acórdão 2047/2006 reformou em sua totalidade o Acórdão 2299/2005. Por essa razão apesar de serem acórdãos distintos, serão contabilizados como apenas um.

Há dois cortes de análise: a) critério cronológico – a partir de 2002- com a criação da ANTT; b) processos com contratos de concessão assinados.

Uma vez definido quais os trechos rodoviários seriam estudados, foi feita a busca pelos processos no site do TCU, utilizando-se as seguintes palavras-chaves: **concessões, rodoviárias, IN**. A partir desta base de busca, foi gerada uma planilha com 250 linhas. A etapa seguinte foi selecionar na tabela gerada quais acórdãos se referiam aos trechos rodoviários que tiveram os processos de concessão concluídos.

É possível verificar pela tabela acima que, em determinados casos, os trechos rodoviários foram analisados conjuntamente num mesmo acórdão, não havendo, portanto, uma relação direta entre o número de acórdãos com os trechos rodoviários selecionados. É o caso, por exemplo, das concessões rodoviárias pertencentes à segunda etapa, na qual sete dos oito trechos foram avaliados conjuntamente, existindo três acórdãos de nº 2299/2005, 2047/2006 e 1405/2015 para a avaliação conjunta de sete trechos rodoviários.

Tendo em vista que acórdão pode tratar de mais de uma concessão, usou-se também o número do processo de fiscalização do TCU como busca, no intuito de ratificar a informação. Assim, uma vez identificado o número do processo, houve uma busca no seu acompanhamento detalhado no site do TCU e pesquisado quais acórdãos estavam vinculados àquele processo.

De acordo com a classificação proposta neste trabalho, dividida em quatro categorias - **a) determinações corretivas e legais; b) determinações educativas, c) determinações contratuais, d) determinações regulatórias**, foram obtidos os seguintes resultados:

- 1) As determinações de carácter corretivo estão presentes em seis acórdãos.
- 2) As determinações educativas estão presentes em cinco acórdãos
- 3) As determinações de natureza contratual foram encontradas em cinco acórdãos.
- 4) As determinações de natureza regulatória foram encontradas em quatro acórdãos.

Pelo resultado acima obtido, depreende-se que, na amostra analisada, existem mais determinações relacionadas às questões corretivas, exercendo, portanto, o TCU um papel mais ativo na fiscalização dos dados e dos resultados apresentados pelos estudos de viabilidade, bem como na análise da legalidade dos atos administrativos. Além disso, há uma preocupação deste tribunal com a melhoria das informações a serem apresentadas nos processos futuros e com a criação de metodologia para fundamentar determinada decisão da agência.

Sob o aspecto quantitativo, conforme acima sistematizado, o tipo de controle, com menor frequência são as regulatórias respectivamente. No entanto, é esse tipo de intervenções regulatórias que interessa a este trabalho. O fato de serem em menor número não reduz a importância de analisar tal intervenção, tendo em vista que é sobre essa matéria que recai o questionamento da imposição de limites ao controle do TCU.

A seguir serão apresentadas as determinações do TCU que, de acordo com a classificação aqui proposta, interferem na estrutura regulatória do setor rodoviário:

DETERMINAÇÕES REGULATÓRIAS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
2047/2006	9.3.1 considerar, em cada revisão tarifária, a data de efetiva implementação dos custos e dos equipamentos operacionais previstos na proposta;
2104/2008	9.2.1.2 inclua cláusula prevendo a revisão periódica da tarifa a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei nº 8.987/1995;
1656/2011	9.4.2. o pleno atendimento dos parâmetros de qualidade relativos aos trabalhos iniciais como condicionante ao início da cobrança de pedágio;
2573/2012	9.2.1. a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001; 9.3.2. evite pré-estabelecer no contrato os percentuais de dedução do Fator X a partir do 6º ano da concessão e preveja expressamente a possibilidade de a ANTT proceder ao cálculo desses percentuais para os anos subsequentes por ocasião das revisões tarifárias, nos termos dos arts. 26, § 2º e 35, § 1º, alínea “b” da Lei 10.233/2001 e art. 29, inciso V, da Lei 8.987/1995;

Tabela 2 – lista das determinações regulatórias no setor rodoviário. Fonte: Próprio autor com base na classificação proposta.

As intervenções do TCU que têm repercussão regulatória serão analisadas detidamente a seguir.

a) Revisão tarifária e data da efetiva implementação dos custos e equipamentos operacionais - acórdão nº 2047/2006

O modelo para definição do vencedor de uma concessão no setor rodoviário é baseado no desconto na tarifa de pedágio, prevista nos estudos de viabilidade. Não há cobrança de

outorga para a União, sendo repassada para o usuário a totalidade do benefício econômico por meio de diminuição de tarifa.

A forma de cálculo dos reajustes e revisões dos contratos é uma das principais questões contidas nos contratos de concessão. É com base nesse clausulado que são realizados os reajustes anuais das tarifas pela ANTT. A determinação contida no acórdão 2047/2006 trata da necessidade de ser considerada a data efetiva da implementação dos custos e dos equipamentos operacionais quando da revisão ordinária.

Analisando tal determinação, considera-se que houve intervenção regulatória na ANTT, pois o TCU determinou o que deveria ser considerado no cálculo da revisão. Trata-se, portanto, de uma determinação que impõe à ANTT determinado comportamento no exercício das suas atividades. Infelizmente, no Acórdão analisado, não consta o racional para tal imposição feita pelo TCU. Por essa razão, não é possível avaliar as razões que levaram à sua expedição.

b) Revisão periódica da tarifa levando em conta o ganho de produtividade - acórdão 2104/2008

O acórdão 2104/2008, que se refere à segunda etapa das concessões rodoviárias, impôs a obrigação de que a revisão tarifária incorporasse o ganho de produtividade que o concessionário obtiver durante o tempo da concessão. Apesar dessa determinação, analisando-se o contrato da rodovia assinado, não houve o cumprimento de tal direcionamento. Existe no contrato a previsão da revisão ordinária, mas apenas no intuito de incorporar possíveis receitas extraordinárias obtidas no ano anterior⁸⁷.

Na segunda etapa de rodovias, um dos avanços no arranjo contratual foi a adequação dos contratos a um formato mais alinhado com o conceito de concessão, por meio do repasse integral dos riscos de custos e quantitativos para o concessionário⁸⁸. A inclusão da revisão periódica, na prática, apenas possibilitou a revisão do Programa de Exploração Rodoviária, permitindo sua atualização, o que auxilia na eficiência do contrato (dado seu caráter de longo prazo), mas sem entrar em questões de repasses de produtividade ou de compartilhamento de riscos nos custos⁸⁹.

⁸⁷ O contrato está disponível em: <http://www.antt.gov.br/rodovias/Via_Bahia/Index.html>, vide cláusula 16.4.

⁸⁸ Os contratos de concessão da primeira etapa traziam conceitos mais ligados à obra pública do que uma verdadeira concessão, como por exemplo, a previsão de pagamento por custo unitário.

⁸⁹ GUERRERO, Dario Alexandre. **Análise dos contratos de concessão de rodovias federais – evolução da matriz de risco.** Disponível em : <http://www.cbrabrasvias.com.br/CBRC2013/anais/anaiscongresso/arquivos/AN_LISE%20DOS%20CONTRATOS%20DE%20CONCESSO%20DE%20RODOVIAS%20FEDERAIS%20____%20EVOLU____O%20DA%20MATRIZ%20DE%20RISCO.pdf>

Segundo o Relatório Técnico que fundamentou essa decisão, o objetivo foi criar um mecanismo que assegurasse uma remuneração justa à concessionária, levando em consideração a estrutura de custos e receitas, bem como o atual custo de oportunidade do negócio. Assim, ao longo da execução do contrato, os usuários compartilhariam com a Concessionária os ganhos e os custos extraordinários advindos da exploração da rodovia, bem como os benefícios e ou prejuízos advindos da situação econômica do País.

A revisão periódica dos contratos é um tipo de modelo regulatório no qual são reabertos os custos da firma e repactuadas as condições econômicas dos contratos. Tal regulação exige da agência reguladora uma elevada capacidade de coletar e processar as informações, bem como impõe custo regulatório, na medida em que num período de quatro ou cinco anos as condições contratuais deverão ser revistas.

Assim, a definição pela existência de revisão ordinária trata-se de uma decisão sobre o modelo regulatório a ser implementado no setor. Conforme visto nesse caso, apesar de o TCU ter determinado a implementação da revisão ordinária com um determinado objetivo, na prática a ANTT não atendeu ao previsto no acórdão.

c) Finalização dos trabalhos iniciais para a cobrança de pedágio - acórdão 1656/2011

Uma concessão rodoviária pode ser dividida em três etapas principais: (i) trabalhos iniciais que vão da assinatura do contrato até o sexto ou 12º mês de vigência, no qual são feitas obras emergenciais que possam causar acidentes, no intuito de dotar a rodovia de requisitos mínimos de segurança e conforto; (ii) recuperação – fase que vai do sexto ou 12º mês até o quinto ano de concessão, cujo escopo é restabelecer as características de projeto da via; e (iii) manutenção - fase que segue até o final da concessão⁹⁰. Os trabalhos iniciais são, portanto, obras de caráter inicial para trazer a rodovia a níveis mínimos de segurança e navegabilidade.

O acórdão analisado não traz o racional para essa determinação, por essa razão sua análise fica prejudicada. A caracterização como intervenção regulatória deve-se ao fato de tal determinação adentrar na competência da ANTT, impondo a esta que adote determinado comportamento. O padrão usado pela ANTT é que o pedágio só seja cobrado depois da conclusão dos trabalhos iniciais; encontra-se aderente, portanto, ao disposto pelo TCU. No

⁹⁰ DUTRA, Joisa at el. **Regulação e concorrência em concessões rodoviárias no Brasil. Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes.** FGV. Rio de Janeiro. Pg. 316

entanto, caso a agência, por alguma razão, julgasse que seria possível a cobrança de tarifa antes da finalização dos trabalhos iniciais, não poderia aplicar seu entendimento.

d) Arbitragem para questões econômico-financeiras - acórdão 2573/2012

A arbitragem é uma forma de solução de conflitos fora do âmbito do Poder Judiciário⁹¹. A discussão sobre a possibilidade de se usar a arbitragem em contratos administrativos é frequente na doutrina nacional. O TCU, na sua interpretação, julgou que seria indevida a utilização de arbitragem nos contratos de concessão para tratar de assuntos econômico-financeiros, apresentando os seguintes argumentos:

O item 35.1.1 da Minuta de Contrato do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA pretende garantir a arbitragem como solução de toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as partes oriunda ou relacionada ao contrato de concessão. Dessa forma, é deveras extenso o rol das possibilidades que poderão ensejar a arbitragem, inclusive as questões econômico-financeiras. Tanto é que o item 19.2.2 da minuta contratual impõe ao poder concedente a responsabilidade por “decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão”.

No âmbito do TCU, a previsão da arbitragem, de forma indiscriminada, em contratos firmados para a prestação de serviço público já foi apreciada e proibida (cf. Acórdão 584/2003-2ª Câmara e Acórdão 537/2006-2ª Câmara). Os contratos assim formulados estão sendo alterados por meio de aditivos.

Pode-se concluir que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza. No caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos.

Esse é o típico caso em que o TCU utiliza uma interpretação restrita da legislação e impõe seu posicionamento durante o processo de fiscalização. Analisando o contrato assinado, dessa rodovia, o clausulado de arbitragem foi ajustado para atender a determinação do TCU⁹². Sob o argumento de proteger o interesse público, tal intervenção atinge diretamente o sistema regulatório na medida em proíbe que a resolução de conflitos de caráter econômico-financeiro ocorra por meio da arbitragem.

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 854

⁹² Contrato disponível em: <http://www.antt.gov.br/rodovias/ECO101/Index.html>

Havia sido uma escolha feita pela ANTT, para operacionalização de questões contratuais entre o concessionário e a agência, pautada na sua interpretação de que a lei autorizava esse tipo de previsão contratual. Importante ressaltar que a Lei 10.233/2001 permitia esse tipo de previsão:

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem;

Sobre a arbitragem poder ser ou não usada em questões econômico-financeiras, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no RESP 904813/PR, já pronunciou que questões de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão podem ser resolvidas por meio de arbitragem, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

O reequilíbrio contratual é uma questão de natureza econômica e financeira nos contratos de concessão e nem por isso está impedido de ser resolvido por meio de arbitragem, de acordo com a jurisprudência do STJ.

Nesse caso, a decisão por parte do TCU sobre a vedação de utilização da arbitragem para questões econômico-financeiras retirou da agência a possibilidade de optar por qual seria o melhor meio para solucionar uma futura controvérsia.

O argumento utilizado pelo TCU foi de que a previsão não encontrava lastro legal. Um ponto interessante a ser observado nos acórdãos do TCU diz respeito a sua interpretação literal e restrita da legislação. O posicionamento mais conservador por parte do TCU é esperado, tendo

em vista sua natureza de órgão de controle, no entanto, tal comportamento pode impedir inovações por parte das agências reguladoras.

e) Pré-estabelecimento contratual de índices de dedução do Fator X - acórdão 2573/2012

A licitação de um trecho rodoviário em leilão permite que a concessionária embute seus ganhos de escala no preço de sua tarifa. Ocorre que, ao longo da operação da concessão, a concessionária pode obter ganhos de escala ainda maiores que não são repassados ao usuário. Nesse sentido, foi incorporado à terceira etapa o mecanismo do Fator X, no intuito de servir como redutor no reajuste tarifário e permitir o compartilhamento dos ganhos de produtividade das concessionárias com os usuários⁹³.

Nos novos contratos de concessão, a ANTT passou a prever a utilização do Fator X de forma a estabelecer metas de ganho de produtividade. A cada cinco anos o fator sofreria um acréscimo previamente fixado no contrato, atuando como um redutor do reajuste tarifário anual.

No caso analisado, a ANTT havia previsto na minuta contratual qual seria o valor do Fator X ao longo de toda a concessão. Esse número poderia ser modificado, durante a revisão ordinária, após o ciclo de cinco anos. No entanto, apesar da previsão de alteração quinquenal, o TCU considerou que não deveriam ser previstos os percentuais do Fator X a partir do sexto ano. Segue o trecho do relatório técnico:

Importa registrar, entretanto, que, apesar dessa possibilidade de revisão quinquenal dos percentuais de dedução do Fator X, também é possível a geração de expectativa por parte do concessionário em relação ao valor do Fator X, no sentido de que aqueles percentuais, constantes do Quadro 14, convertam-se em teto, vindo a criar questionamentos futuros, conforme destacado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF) no Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias 06 COGTL/Seae/MF, de 30/8/2010, que trata do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA.

Assim, visando propor melhorias e /ou aperfeiçoamentos no modelo regulatório adotado de modo a evitar eventuais riscos no processo de revisão da metodologia do Fator X, a instrução anterior constante do presente processo (peça 79, p. 27) propugnava pela determinação à ANTT de que, no contrato advindo da presente outorga, evitasse pré-estabelecer os percentuais de dedução do Fator X a partir do 6º ano da concessão e que fizesse a previsão expressa da possibilidade de a ANTT proceder ao cálculo desses percentuais por ocasião das revisões tarifárias, nos termos dos arts. 26, § 2º e 35, § 1º, alínea “b” da Lei 10.233/2001 e art. 29, inciso V, da Lei 8.987/1995.

⁹³ BARBO, André Roriz de Castro. **A evolução da regulação das rodovias federais concedidas**. Revista da ANTT v. 2. 2010. Disponível em: <http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed3/_asp/ed3-artigosEvolucao.asp>

Segundo o relatório da equipe técnica, a previsão dos índices de Fator X para todo o período da concessão pode gerar a expectativa no concessionário de que aqueles valores são o máximo a serem aplicados nos reajustes tarifários. Ainda de acordo com esse documento, a ANTT alegou que a fixação do percentual do Fator X até o fim do prazo de concessão visava assegurar aos participantes do certame licitatório “uma previsão do que pode vir a ser a sua evolução” e que “a supressão dos referidos percentuais teria por efeito a alteração das condições editalícias do contrato de concessão e levaria a questionamentos e eventuais ações judiciais dos demais participantes do certame”. Além disso, a ANTT afirma que, por ser um contrato já aprovado em audiência pública e levado a leilão, qualquer alteração em seu conteúdo deveria estar em comum acordo com a proponente vencedora, a qual deveria concordar com os novos dispositivos.

Nesse caso específico, o TCU admitiu que a ANTT mantivesse a previsão contratual com os índices de Fator X até o fim da concessão, pois já havia sido realizada a licitação. No entanto, determinou que nas próximas rodadas fosse evitada sua fixação logo no início da execução contratual por todo o período da concessão.

Importante ressaltar que a cláusula 16.3.5⁹⁴ do contrato de concessão já possuía a possibilidade de revisão dos índices de Fator X prevista naquele instrumento. A ANTT, nesse caso, havia apenas fixado índices preliminares que dariam mais previsibilidade às partes e seriam usados caso a agência não voltasse a fazer sua reanálise no prazo de cinco anos.

Em outras palavras, a determinação do TCU não tinha nenhuma razão de ser, tendo em vista a expressa previsão contratual acerca da possibilidade de revisão do Fator X. A fixação antecipada nos contratos foi uma decisão discricionária da agência, no intuito de dar maior previsibilidade ao mercado, deixando clara a possibilidade de ser alterada futuramente.

⁹⁴ Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/rodovias/ECO101/Index.html>>

4.5. Setor portuário

4.5.1 Contextualização do Setor Portuário

O setor portuário brasileiro pode ser enquadrado no modelo *Landlord Port*, pelo qual o porto é de propriedade do Estado, que é responsável pela sua administração e pelos investimentos em manutenção e expansão de infraestrutura, enquanto a operação portuária propriamente dita (embarque, desembarque e armazenagem) é executada pela iniciativa privada, responsável pelos investimentos da superestrutura do terminal⁹⁵.

Resumidamente, pode-se dizer que os principais atores no setor portuário são: (i) o MTPA, por meio da Secretaria de Portos (SEP), responsável por determinar as diretrizes para o setor; (ii) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), que tem como principais funções a implementação das políticas traçadas pela SEP e fiscalização do setor; (iii) as autoridades portuárias⁹⁶, responsáveis pela gestão dos portos (iv), e, por fim, o detentor do terminal portuário, que é chamado de arrendatário e tem como obrigação realizar a operação do terminal⁹⁷.

O setor portuário sofreu significativa alteração no seu marco regulatório. A mudança ocorreu com a edição da Medida Provisória 595/2012⁹⁸, que tinha como objetivos “propiciar a expansão da economia brasileira, tornar o setor mais eficiente, ampliar a infraestrutura e modernizar a gestão portuária, através do estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e do aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada”⁹⁹.

⁹⁵ BOOZ & Company. **Análise e avaliação da organização institucional e da eficiência de gestão do setor portuário brasileiro**. BNDES. 2012. Pg. 12. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/7668/1/An%C3%A1lise%20e%20avalia%C3%A7%C3%A3o_FEP0110_resultado_vol_1_P.pdf

⁹⁶ As autoridades portuárias podem ser as Companhias Docas, ou, nos casos de portos delegados, entidades criadas pelo estado ou município para exercer a gestão portuária.

⁹⁷ Para efetiva operação (embarque e desembarque) podem ser contratados operadores portuários habilitados perante a Autoridade Portuária que não sejam arrendatários.

⁹⁸ Até então vigorava a Lei 8630/1993

⁹⁹ Exposição de Motivos da MP 595/2012

Depois de acirrado debate no parlamento, a citada Medida Provisória foi convertida na Lei 12815/2013¹⁰⁰, trazendo diversas inovações para o setor. Dentre tais modificações destacam-se: (i) centralização do procedimento licitatório na ANTAQ (anteriormente tal atribuição estava na alçada das autoridades portuárias); (ii) alteração dos critérios de seleção da melhor proposta, adotando-se a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, juntamente com o critério de maior outorga¹⁰¹, (iii) nova definição de terminal de uso privado, permitindo apenas que sejam instalados fora da área do porto organizado, (iv) fim do conceito de carga própria e carga de terceiros¹⁰².

Com a edição da nova legislação, a extinta Secretaria de Portos, em conjunto com a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, desenvolveu o Programa de Arrendamentos Portuários nos portos públicos. Esse programa de arrendamentos contemplava o estudo de 159 áreas portuárias em 23 portos públicos, sendo que tais terminais foram divididos em quatro blocos. Fazem parte do primeiro desses blocos os arrendamentos nos portos de Santos e do Pará – Bloco I (Belém, Miramar, Vila do Conde, Outeiro e Miramar).

Esses estudos, pertencentes ao Bloco I, que são os primeiros promovidos de acordo com as diretrizes do novo marco legal (Lei 12.814/2013), foram submetidos ao crivo do TCU, em 2013, para a análise do primeiro estágio de fiscalização nos processos de desestatização.

4.5.2 Análise dos acórdãos do setor Portuário

Conforme acima descrito, a atuação da ANTAQ como condutora dos processos de arrendamento portuário foi iniciada em 2012. Antes, esses processos eram de responsabilidade das autoridades portuárias. O processo de arrendamento portuário era, portanto, descentralizado.

¹⁰⁰<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/apos-maratona-governo-consegue-salvar-mp-dos-portos/>

¹⁰¹ O art. 9º do Decreto 8033/2014 delimita as possíveis variáveis a serem utilizadas nas licitações de concessão e de arrendamento. Podem ser usadas como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga. O edital poderá prever ainda a utilização de um dos seguintes critérios para julgamento, associado com um ou mais dos critérios anteriormente previstos: I - maior valor de investimento; II - menor contraprestação do poder concedente; ou III - melhor proposta técnica, conforme critérios objetivos estabelecidos pelo poder concedente.

¹⁰² Outras modificações importantes foram trazidas pela nova legislação. As citadas neste trabalho são aquelas que possuem maior relação com tema aqui tratado.

Nesse novo modelo institucional, foram realizadas licitações, até o momento, apenas para os portos de Santos, localizado em São Paulo, em Belém no Pará e o Terminal de Trigo no Rio de Janeiro. Assim, para este trabalho, serão analisados apenas dois acórdãos, tendo como premissa que a ANTAQ passou a ser responsável pelos estudos e pela condução do processo licitatório em 2012. Seguem abaixo os acórdãos do TCU relacionados a tais processos de arrendamento portuário:

PORTO	Processo TCU	Acórdão TCU
SANTOS E PARÁ	029.083/2013-3	3661/2013; 1077/2015; 2413/2015; 2680/2016
RIO DE JANEIRO - TERMINAL DE TRIGO	006.508/2016-2	2990/2016; 670/2017

Tabela 3 – Processos de fiscalização do TCU nas concessões portuárias. Fonte: Produzida pelo próprio autor com base em dados obtidos no site do TCU e da ANTAQ.

Será utilizada a proposta de classificação das determinações do TCU, prevista no item 4.2, no intuito de determinar a tipologia das determinações. Tendo em vista que há apenas dois processos de fiscalizações será adotado o critério de número de determinações e não de acórdãos:

1. Determinações corretivas – 15 determinações
2. Determinações educativas – 11 determinações
3. Determinações contratuais – 1 determinações
4. Determinações regulatórias – 2 determinações

Observa-se no setor portuário a repetição do mesmo padrão de tipologia de determinação descrito nos processos de concessão rodoviária. As determinações corretivas são majoritárias, seguidas das determinações educativas. As determinações contratuais e regulatórias aparecem em menor número. As determinações regulatórias, que são o objeto de análise deste trabalho, no setor portuário foram identificadas no Acórdão 3661/2013¹⁰³, o qual impôs dezenove condicionantes para a publicação do edital de licitação.

A análise do setor portuário, apesar de ser o que possui o menor número de acórdãos é relevante para este trabalho pelas razões a seguir descritas. A primeira delas é o fato de a SEP

¹⁰³ Processo: TC - 029.083/2013-3

e da ANTAQ terem apresentado pedido de reexame para acórdão. Tal atitude é pouco usual nos processos analisados neste trabalho. A segunda refere-se ao tipo de intervenção realizada pelo TCU no setor portuário e as matérias tratadas no acórdão. A terceira razão é que foram dados quatro votos revisores no processo, algo incomum de ocorrer no TCU, o que demonstra que a alteração legislativa no setor fez com que esse Tribunal analisasse detidamente a questão. Assim, esse processo está fora do padrão de análise do TCU e possui características próprias, o que o transforma num bom objeto de análise da fiscalização do TCU.

Em relação ao primeiro ponto, a SEP e ANTAQ se pronunciaram em relação ao acórdão 3661/2013 de maneiras distintas. Primeiramente, interpuseram um pedido de reexame¹⁰⁴ para quatro condicionantes do acórdão. Já em relação aos quinze itens restantes, apresentaram as modificações solicitadas para que fosse empreendida uma nova análise sobre o cumprimento dessas condicionantes¹⁰⁵.

Dentre as determinações que foram objeto do pedido de reexame, duas provocam maior interesse para este trabalho, pois são de natureza regulatória, cuja atribuição de definição seria da agência reguladora, neste caso, a ANTAQ. Essas condicionantes são: (i) estabelecimento de um teto tarifário para todos os estudos de viabilidade constantes de concessões portuárias; (ii) inclusão, em todos os contratos de arrendamentos portuários, de cláusula de revisão tarifária periódica, que contemple a definição da tarifa-teto, observando a metodologia a ser definida pela ANTAQ, de forma a manter a modicidade tarifária e o equilíbrio do contrato.

¹⁰⁴ Foram objeto de reexame as seguintes condicionantes:

I – justificação das tarifas e fundamentação, de maneira consistente, da metodologia de coleta das tarifas utilizadas na alimentação dos fluxos de caixa, sem olvidar as pesquisas técnicas contratadas junto à USP oriundas do Convênio de Cooperação Técnica 1/2010, firmado com aquela instituição, objetivando dar cumprimento à determinação contida no item 9.1.3.1 do acórdão 1.904/2009 – Plenário;

II - estabelecimento de um teto tarifário para todos os estudos de viabilidade constantes de concessões portuárias;

III - revisão da modelagem empregada no STS13, de forma que as tarifas estabelecidas sejam devidamente fundamentadas a fim de refletir a variedade de cargas movimentadas no terminal; valores, sem o artifício de aumentá-las para tornar viável o fluxo de caixa dos projetos;

IV - inclusão em todos os contratos de arrendamentos portuários de cláusula de revisão tarifária periódica, que contemple a definição da tarifa-teto, observando a metodologia a ser definida pela Antaq, de forma a manter a modicidade tarifária e o equilíbrio do contrato;

¹⁰⁵ Das dezenove condicionantes impostas pelo Acórdão 3361/2013, quinze já foram cumpridas e a análise do TCU foi concluída através do Acórdão 1555/2014

DETERMINAÇÕES REGULATÓRIAS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
3661/2013	9.1.14. estabelecimento de um teto tarifário para todos os estudos de viabilidade constantes de concessões portuárias; 9.1.17. inclusão em todos os contratos de arrendamentos portuários de cláusula de revisão tarifária periódica, que contemple a definição da tarifa-teto, observando a metodologia a ser definida pela Antaq, de forma a manter a modicidade tarifária e o equilíbrio do contrato;

Tabela 4 – lista das determinações regulatórias no setor portuário. Fonte: Próprio autor com base na classificação proposta

Nos próximos tópicos, serão analisadas detidamente tais imposições, bem como sua repercussão no processo regulatório.

a) A imposição de tetos tarifários – acórdão 3661/2013

A ANTAQ decidiu utilizar, para os novos arrendamentos portuários, três variáveis de leilão: maior capacidade efetiva de movimentação, valor de outorga e menor tarifa. A escolha das variáveis foi feita levando-se em consideração qual seria a mais adequada para o tipo de carga a ser movimentada.

O critério de maior capacidade efetiva foi usado para os tipos de carga em que, habitualmente, os terminais fazem parte da cadeia produtiva de uma empresa ou consórcio, ou são controlados por comercializadoras/consolidadoras de cargas. Nesses casos, o fenômeno da verticalização torna a seleção por menor tarifa inócua, já que tomador e prestador do serviço são o mesmo agente. Para alguns terminais, que têm na variável de leilão a maior movimentação efetiva, também foi estabelecida contratualmente tarifa-teto.

Foi adotado, de forma geral, o critério de menor tarifa para os tipos de carga em que, usualmente, os terminais são basicamente prestadores de serviço para terceiros, e seus operadores tratam o serviço como atividade-fim (com objetivos econômicos). Esse critério foi usado, por exemplo, para os terminais vocacionados à movimentação de contêineres e de veículos. Em alguns terminais cuja variável de leilão é a menor tarifa, também foi contratualmente estabelecida uma movimentação mínima anual.

Sendo assim, nos estudos apresentados pela ANTAQ ao TCU para licitações dos arrendamentos portuários do Bloco 1, há o seguinte panorama: 1) terminais licitados com base na maior movimentação; 2) terminais licitados com base na maior movimentação e que possuem previsão contratual de tarifa-teto, 3) terminais licitados com base no desconto na tarifa

e 4) terminais licitados por tarifa e que possuem estipulação contratual de movimentação mínima estabelecida.

Percebe-se que parte dos terminais a serem licitados não tem a previsão de tarifa-teto, seja como variável de leilão, seja como estipulação contratual. A ausência de tarifa-teto nesses terminais foi justificada pela ANTAQ, tendo em vista que fazem parte de cadeias verticalizadas, bem como encontram-se em ambiente competitivo saudável¹⁰⁶.

A justificativa da Agência¹⁰⁷ não prosperou e, de acordo com o voto da relatora¹⁰⁸, a estipulação de tarifa-teto seria medida indispensável para coibir a cobrança de preços abusivos e garantir modicidade tarifária para o usuário, mesmo quando se tratassem de cadeias verticalizadas e em mercados que apresentassem ambiente competitivo. O Acórdão 3661/2013 determinou que todos os terminais dos estudos passassem a ter teto tarifário.

A decisão do TCU foi pautada em uma interpretação literal da legislação, levando em consideração que, por se tratar de serviço público, seria necessário o estabelecimento de tetos tarifários em todos os terminais portuários. Em outras palavras, o entendimento do TCU é de que todo serviço público deve ter tarifa-teto, independentemente da real eficácia de sua estipulação¹⁰⁹.

Essa decisão do TCU retirou da ANTAQ qualquer possibilidade de análise do mercado portuário e de avaliação como ente regulador sobre a pertinência de adoção de teto tarifário. A

¹⁰⁶ Relatório da SEFID utilizado pela Relatora para embasar seu voto. TC 029.083/2013-3.

¹⁰⁷ Trecho do Relatório Técnico: Alerta que a definição de tarifas teto para terminais portuários, principalmente nos casos em que se vislumbra dinâmica concorrencial, implica risco de criação de distorções no mercado, tendo em vista a assimetria de informação entre o Poder Público e as empresas pertencentes aos diversos segmentos de mercado envolvidos na cadeia logística portuária. Afirmar que a adoção de tarifas teto mais altas do que as realmente necessárias poderia estimular o prestador de serviço a elevar seus valores de tarifas efetivamente praticadas, pois ele consideraria ter o 'respaldo para tal por parte do poder público'. Adverte que a fixação de tarifas teto em patamares muito baixos pode levar a situações em que nem mesmo os custos existentes para o prestador dos serviços sejam devidamente remunerados.

¹⁰⁸ TC 029.083/2013-3

¹⁰⁹ Trecho do Relatório Técnico: Conforme entendimento desta Corte de Contas, a operação portuária prestada por meio de arrendamento é considerada serviço público. 428. Nesse sentido, as operações portuárias devem seguir as normas concernentes aos serviços públicos, entre elas os princípios que regem o serviço adequado, conforme definição contida no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995. 430. Assim, de forma a resguardar os interesses dos usuários, evitando a cobrança de preços os quais não refletem as condições previstas em contrato e a modicidade tarifária, entende-se que todos os terminais a serem licitados devem estar sujeitos a um limite máximo de preços e à regulação e fiscalização exercidas pela Agência Reguladora. 433. Frise-se que, mesmo nos casos em que o arrendamento portuário faça parte de uma cadeia verticalizada, é necessária a definição de uma tarifa regulada, de forma a garantir que o operador não torne inviável a utilização da estrutura por terceiros interessados. Também nesses casos, deve estar definido, previamente, de que forma será garantido este acesso, conforme previsto no art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001:

decisão sobre a real necessidade de estipulação de tarifa-teto saiu da competência da referida agência e foi arrogada pelo TCU.

Cabe observar que, nesse caso, a ANTAQ decidiu deliberadamente e com análise do setor não estabelecer tarifa-teto em alguns terminais, tendo por base o cenário concorrencial e a inocuidade de tal estipulação. Não se pode argumentar, portanto, que teria ocorrido uma omissão do órgão regulador no cumprimento de seu papel, mas sim uma tomada de decisão em que não seria a melhor alternativa estipular tetos tarifários para alguns terminais.

A análise desse caso é emblemática, pois, conforme acima descrito, a ANTAQ recorreu da decisão do TCU, requerendo, entre outras questões, a modificação da referida determinação.

Essa questão suscitou uma rica discussão entre os ministros do TCU. Além do voto do relator Aroldo Cedraz, foram apresentados votos revisores dos seguintes ministros: Raimundo Carrero, Bruno Dantas, Vital do Rêgo, Walton Alencar Rodrigues e, por fim, um voto complementar do próprio relator. Esse comportamento não é típico do TCU, em que a maioria das deliberações ocorre por unanimidade. Tendo em vista tal riqueza de opiniões, serão apresentados os argumentos trazidos pelos ministros em relação ao ponto em comento.

Para o relator Aroldo Cedraz, a escolha pela existência ou não de tarifa-teto é de competência do Poder Legislativo, Executivo ou do órgão regulador. A solução adotada pela ANTAQ encontra amparo na Lei 12.815/13. Além disso, a modicidade tarifária pode ser assegurada por outros mecanismos regulatórios, que vão além do *price cap*¹¹⁰. O voto do relator é claro ao retirar a exigência de tarifa-teto, pois essa se mostra uma dentre as opções de modelagem dos arrendamentos a serem leiloados, sendo da competência dos poderes Legislativo e Executivo a escolha técnica das modelagens regulatórias.

¹¹⁰ Bem de ver que não se está falando em regime de liberdade tarifária ou de preços, porquanto o controle exercido pela Agência deverá, ao menos, garantir, dentre outras, as diretrizes de modicidade tarifária, preços praticados no setor e impedir as práticas abusivas. Esta a primeira conclusão fulcral para a análise do recurso: a eleição de tarifa teto é da competência constitucional do Poder Legislativo, do poder concedente e do órgão regulador, pois a eles foi atribuída a autorização para fixação (art. 175, III, da Constituição) e execução da política tarifária (art. 6º da Lei 12.815/2013). Isto não significa admitir o exercício arbitrário do poder discricionário pelo Poder Concedente ou pela Antaq. Isso porque a Constituição, em seu art. 175, determina que, ao lado da política tarifária, sejam garantidos os direitos dos usuários e a obrigação da adequação dos serviços. Ao que a Lei dos Portos detalhou sob a forma de diretrizes em seu artigo 3º: I) expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias; II) garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários; III) estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas; e IV) estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

O Ministro Raimundo Carrero acompanhou o voto do relator e, no seu voto, não consta a análise da questão sobre a obrigatoriedade de haver tarifa-teto. Os votos dos ministros Bruno Dantas Vital do Rego deliberaram que o poder concedente tem discricionariedade para determinar a regulação tarifária por preço-teto, não cabendo ao TCU interferir em tal decisão. Por fim, o Ministro Walton Alencar Carrero seguiu o voto do Ministro Vital do Rego, sem adentrar na análise detalhada da necessidade de fixação do preço-teto.

O recurso de reexame interposto pela ANTAQ, que levou dois anos para ser apreciado pelo plenário do TCU, atribuiu à ANTAQ a prerrogativa de analisar a real necessidade de se impor tarifa-teto para os terminais portuários. Em relação a este ponto, o Tribunal no Acórdão 1077/2015¹¹¹ modificou seu entendimento anterior e julgou nos seguintes termos:

(...)

9.1.1. retirar a exigência de utilização da regulação por tarifa-teto, porquanto esta se mostra como uma dentre as opções de metodologias de regulação tarifária aplicáveis à modelagem dos arrendamentos a serem leiloados, sendo da competência do poder concedente a escolha da metodologia a ser utilizada; (grifo nosso)

(...)

Houve, portanto, o reconhecimento pelo próprio Tribunal que a decisão sobre imposição de tarifa-teto é assunto que cabe ao Poder Concedente e não à Corte de Contas. Ocorreu nesse caso, a autocontenção por parte do TCU e foi assegurada a prerrogativa decisória da ANTAQ, no entanto, conforme anteriormente afirmado o espaço decisório da agência continua a depender da interpretação que será realizada pela Corte de Contas.

b) A previsão de cláusula de revisão tarifária periódica no contrato – acórdão 3661/2013

Outra condicionante elencada pelo TCU no Acórdão 3661/2013 para a publicação do edital refere-se à inclusão, em todos os contratos de arrendamentos portuários, de cláusula de revisão tarifária periódica, que contemple a definição da tarifa-teto, observando a metodologia a ser definida pela ANTAQ, de forma a manter a modicidade tarifária e o equilíbrio do contrato.

¹¹¹ TC 029.083/2013-3

Nas versões de minutas contratuais disponibilizadas pela ANTAQ, não havia a previsão de revisões tarifárias periódicas ao longo do prazo de arrendamento. A Agência optou por um modelo classificado como regulação por contrato, no qual se procura *ex ante* delimitar todas as principais regras que regerão a concessão.

Na regulação por contrato, são estabelecidos, de partida, elementos como tarifa-teto inicial por serviço e a regra de reajuste anual, investimentos obrigatórios e gatilhos de investimento, o nível mínimo de qualidade, a alocação de riscos e as regras de reequilíbrio. Nessa modalidade regulatória não há a figura da revisão tarifária periódica, ou seja, o preço é definido em contrato e não é realinhado periodicamente de acordo com os custos da firma¹¹².

A utilização desse tipo de regulação de preço exige do regulador o desenho de um leilão competitivo em que ocorra efetivamente a concorrência, uma vez que será apenas nesse momento em que será possível extrair sinais do mercado nessa categoria regulatória¹¹³. Outra possibilidade para regulação de preços apontada pela literatura seria a regulação discricionária na qual ocorrem revisões tarifárias e os preços são realinhados periodicamente aos custos da firma regulada. A regulação discricionária se subdivide em dois tipos: tarifa-teto e custo de serviço¹¹⁴.

Com a decisão do TCU, o setor portuário passou a ter uma regulação discricionária, na qual o regulador estima os custos esperados na prestação do serviço para o próximo ciclo tarifário e estabelece um preço que cubra tais custos. Nesse modelo, existe a figura da revisão tarifária periódica, que, em geral, ocorre a cada cinco anos.

Cada um dos modelos apresentados – regulação discricionária ou por contrato - tem características próprias que necessitam ser levadas em consideração para sua aplicação, no intuito de garantir o uso mais apropriado para determinado setor.

É papel do regulador identificar os riscos de negócio do setor regulado e definir o modelo regulatório capaz de criar os incentivos corretos, dados os riscos existentes, maximizando-se o bem-estar social. Quando o TCU impõe a inclusão de revisão periódica, olvida-se das repercussões regulatórias que tal medida pode ensejar, como, por exemplo, o

¹¹² CAMACHO, Fernando Tavares e RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Regulação econômica de infraestrutura: como escolher o modelo mais adequado?** Revista do BNDES, nº 41, Junho de 2014. p. 270

¹¹³. Ibid. p. 271.

¹¹⁴ Na regulação discricionária por custo do serviço, o regulador computa os custos incorridos na prestação do serviço (incluindo a taxa de retorno adequada) e então estabelece o preço que cubra esses custos, ou seja, a regulação é *ex post*.

aumento do custo regulatório que a revisão periódica acarretará para a ANTAQ. Além disso, retira da agência reguladora a prerrogativa de decidir de que maneira ocorrerá a regulação de preços no setor portuário.

Não é intenção desse trabalho adentrar na discussão de qual modelo seria mais adequado para o setor portuário, mas trazer à discussão se caberia ao TCU impor a inclusão de cláusula cuja natureza é exclusivamente regulatória e, portanto, de competência do ente regulador.

No caso aqui tratado, o ente regulador dispunha de duas opções legítimas para fazer a regulação de preços – discricionária ou por contrato – tendo optado pela segunda, por ser, na sua avaliação, a solução mais adequada.

Em relação a essa condicionante, a decisão final do TCU não sofreu alteração significativa, a não ser pela exclusão da necessidade da tarifa-teto que constava na redação do Acórdão 3661/2013. No acórdão 1077/2015¹¹⁵, a decisão final foi a seguinte:

(...)

9.1.17. inclusão, nos contratos de arrendamentos portuários submetidos à regulação tarifária, de cláusula de revisão tarifária periódica, observando a metodologia a ser definida pela Antaq, de forma a manter a modicidade tarifária e o equilíbrio do contrato;”

(...)

A ANTAQ acatou a determinação do TCU e passou a prever na minuta do contrato a revisão periódica, que deverá ocorrer a cada cinco anos. Nesse caso, não houve reconhecimento por parte do TCU, de que a metodologia de revisão estaria entre as atribuições típicas da agência reguladora.

A determinação do TCU não se preocupou com o impacto da implementação das medidas da realidade da agência. Conforme visto no setor rodoviário, foi imposto o mesmo tipo de modelo regulatório, passando a revisão ordinária a ser tratada como uma cláusula contratual essencial para a Corte de Contas.

¹¹⁵ TC 029.083/2013-3

4.6 Setor aeroportuário

4.6.1 Contextualização do Setor Aeroportuário

A exploração da infraestrutura aeroportuária é atividade privativa da União, que pode ser explorada de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão. A exploração dos principais aeroportos do país cabe à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), empresa pública de direito privado criada pela Lei 5.862, de 1972¹¹⁶.

O modelo de exploração aeroportuário brasileiro pode ser dividido em quatro fases. A primeira delas refere-se à decisão de manter a Infraero como empresa-chave no setor, seja administrando diretamente os aeroportos, seja como acionista das concessionárias aeroportuárias. A segunda diz respeito à criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e à implementação de políticas regulatórias. A terceira é a tentativa de centralizar o planejamento, com a criação da Secretaria de Aviação Civil, que passa a ter algumas competências antes alocadas no Ministério da Defesa. E, por fim, a decisão que envolve a concessão de alguns aeroportos que estavam sob a gerência da Infraero¹¹⁷.

A ANAC foi criada, por meio da Lei 11.182, de 2005, em substituição ao Departamento de Aviação Civil (DAC), assumindo as funções de regulação e fiscalização do setor, tanto nos segmentos de aviação quanto de infraestrutura. No entanto, a agência não atua no controle do espaço aéreo e na prevenção de acidentes, que são de responsabilidade do Departamento de Controle do Espaço Aéreo, do Comando da Aeronáutica.

Em 2011, houve a criação da Secretaria de Aviação Civil/PR, vinculada diretamente à Presidência da República, tendo como principais atribuições definir as políticas públicas e realizar o planejamento da Aviação Civil, coordenar a articulação governamental e aprovar os planos de outorga. Nesse modelo, a ANAC e a Infraero passaram a ser vinculadas à nova Secretaria. Atualmente, a SAC é uma secretaria que pertence à estrutura do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, de acordo com a Lei 13.502, de 1 de novembro de 2017. Na prática, tal medida retirou a autonomia da SAC, que antes tinha status de ministério e respondia diretamente ao Presidente da República.

¹¹⁶ BEZERRA, George Christian LINHARES Bezerra. **Planejamento aeroportuário e stakeholders: contribuições da prospectiva estratégica**. Pg. 65. *Aviation in Focus* (Porto Alegre), v.2, n.1, p. 3-12 – jan./jul. 2011

¹¹⁷ MOREIRA, Mauricio Mesquita. **O óbvio ignorado: custos internos de transportes e a geografia das exportações no Brasil. Gargalos e Soluções na infraestrutura de transportes**. Pg.163. FGV-IBRE

As concessões de aeroportos foram iniciadas em 2011, com o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN). Em 2012, foram licitados os aeroportos de Brasília/DF, Guarulhos e Viracopos, em São Paulo; e, em 2013, os Aeroportos Internacionais Antônio Carlos Jobim - Galeão, no Rio de Janeiro/RJ e Tancredo Neves - Confins, em Minas Gerais. Essas concessões tinham como objetivo melhorar a qualidade dos serviços dos aeroportos e garantir a execução de obras necessárias para o atendimento, especialmente para eventos, como foi a Copa do Mundo FIFA em 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Em 2017, mais quatro aeroportos foram concedidos: Pinto Martins, em Fortaleza/CE; Luiz Eduardo Magalhães, em Salvador/BA; Hercílio Luz, em Florianópolis/SC; e Salgado Filho, em Porto Alegre/RS¹¹⁸.

4.6.2 Análise dos acórdãos do Setor Aeroportuário

O setor aeroportuário iniciou o processo apenas em 2011, quando o governo brasileiro decidiu testar o modelo de operação privada no setor com o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (ASGA), no Rio Grande do Norte. Atualmente, existem dez aeroportos concedidos e com a perspectiva de novas licitações em 2018.

Nesse cenário, pode-se afirmar que as concessões dos aeroportos surgiram em modelo institucional em que já havia uma agência reguladora setorial. Segue abaixo a lista de acórdãos analisados referentes aos processos de concessão no setor aeroportuário:

Aeroporto	Processo TCU	Acórdão TCU
São Gonçalo do Amarante - ASGA	034.023/2010-0	939/2011 ; 1795/2011
Brasília - BSB	032.696/2011-6	3233/2011;157/2012
Garulhos - GRU	032.786/2011-5	3232/2011 ; 157/2012
Viracopos - VCP	032.695/2011-0	3234/2011; 157/2012
Galeão - GIG	007.578/2013-0	2466/2013; 2666/2013 ; 2905/2014
Confins - CFN	007.578/2013-0	2466/2013 ; 2666/2013 ; 2905/2014
Fortaleza - FOR	035.263/2015-6	926/2016; 3019/2016
Salvador - SSA	035.261/2015-3	925/2016; 3018/2016
Florianópolis - FLN	035.260/2015-7	3017/2016; 956/2016
Porto Alegre - POA	035.257/2015-6	957/2016; 3016/2016

¹¹⁸ <<http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>>

Tabela 5 – Processos de fiscalização do TCU nas concessões aeroportuárias. Fonte: Produzida pelo próprio autor com base em dados obtidos no site do TCU e da ANAC.

Seguindo a mesma metodologia usada no setor rodoviário e portuária, definida no item 4.2, obteve-se o seguinte resultado sobre a tipologia das determinações:

1. Determinações corretivas – estão presentes em dez acórdãos
2. Determinações educativas – estão presentes em nove acórdãos
3. Determinações contratuais – estão presentes em cinco acórdãos
4. Determinações regulatórias – estão presentes em oito acórdãos

Numericamente, as determinações corretivas continuam a ser as que possuem maior volume, aparecendo em dez acórdãos, seguidas das determinações educativas. As determinações regulatórias aparecem em oito acórdãos e as contratuais, em cinco acórdãos.

Cabe fazer uma ressalva em relação às determinações regulatórias, apesar de que em oito acórdãos, materialmente, foram identificadas duas intervenções deste tipo. Como os processos de aeroportos foram feitos por rodadas, houve repetição de uma mesma determinação para todos os aeroportos incluídos na respectiva licitação.

DETERMINAÇÕES REGULATÓRIAS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
2466/2013	9.2.1. em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da <u>exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público</u> de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado;
956/2016; 925/2016; 957/2016; 926/2016	9.1.1. adoção de requisitos de habilitação que sejam tecnicamente adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado;
3224/2011; 3232/2011; 3233/2011	9.2.2. para o regime tarifário do contrato de concessão, utilize fórmula de reversão de ganhos de eficiência e de produtividade em favor dos usuários do serviço outorgado que efetivamente reflita o incremento de eficiência e de produtividade obtido pela futura concessionária, a teor do que dispõe o inciso X do art. 29 da Lei 8.987/1995 c/c o art. 7º, § 1º, do Decreto 7.624/2011;

Tabela 6 – lista das determinações regulatórias no setor aeroportuário

a) Exigência de experiência para participar do leilão e controle de concorrência entre os aeroportos – barreira de entrada – acórdãos: 2466/2013, 925/2016, 926/2016, 956/2016, 957/2016

Um ponto que provocou debate entre a ANAC o TCU foi a definição da barreira de entrada para interessados no leilão dos aeroportos. Essa questão veio à baila na rodada em que foram concedidos os aeroportos de Galeão e Confins¹¹⁹ e ressurgiu no processo de concessão de Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre¹²⁰. O ponto de discussão é a definição do número de passageiros que o operador integrante do consórcio deve possuir como experiência anterior, bem como a vedação de participação de quem se sagrou vencedor nas outras rodadas de concessão aeroportuária.

A determinação contida no item 9.2.1 do acórdão 2466/2013¹²¹ requereu que a ANAC comprovasse a necessidade de exigir experiência prévia e instituir a restrição de participação no certame. A questão é que, inicialmente, para essas concessões, foram propostas as seguintes barreiras de entradas: exigência de que o operador aeroportuário comprove experiência prévia no processamento mínimo de 35 milhões de passageiros anuais em um único aeroporto e participe com no mínimo 25% capital presente no consórcio privado,¹²² e vedação de participação, no leilão, de pessoas jurídicas que sejam acionistas das concessionárias vencedoras da primeira rodada de concessões aeroportuária.

Segundo os argumentos trazidos pela ANAC e SAC, a participação societária mínima da operadora no consórcio tem como objetivo engajar o detentor da expertise na condução dos negócios da Sociedade de Propósito Específico - SPE. Por sua vez, a experiência prévia exigida busca assegurar que a SPE composta para gerir os aeroportos se beneficie da participação de operadora internacional com capacidade técnica suficiente para que, juntamente com a Infraero, administre os aeroportos com nível de qualidade internacional. A vedação de participação dos concessionários tinha por fito criar um incentivo de concorrência entre os aeroportos.

¹¹⁹ Acórdão 2466/2013

¹²⁰ Acórdãos 956/2016; 925/2016; 957/2016; 926/2016

¹²¹ A determinação contida nos acórdãos 925/2016, 926/2016, 956/2016, 957/2016 possuem a mesma natureza dessa discussão.

¹²² Na primeira rodada dos aeroportos de Brasília, Viracopos e Garulhos, tais restrições foram: experiência em movimentação de passageiros de no mínimo 5 milhões e 10% de participação acionário do operador.

O TCU acatou os argumentos em relação à participação mínima de 25%, sob a alegação de que tal exigência integra o exercício do poder discricionário do poder concedente, bem como que o requisito, aparentemente, não tem potencial de restringir a competitividade do certame.

A preocupação do TCU, neste caso, era garantir maior competitividade ao processo. Assim, decidiu examinar mais detidamente o requisito de experiência prévia na operação de aeródromos (movimentação mínima anual de 35 milhões de passageiros), tendo em vista que haveria poucos aeroportos, que atualmente satisfazem tal especificação, e que são operados por firmas multinacionais. Tal condição proposta poderia restringir o contingente de empresas aptas a concorrer no certame.

Em voto, a relatora Ana Arraes traz os seguintes argumentos fáticos para questionar a exigência de tal volume de passageiros:

Em primeiro lugar, porque o “processamento mínimo de 35 milhões de passageiros anuais em um único aeroporto” é muito superior ao fluxo atual de passageiros dos aeroportos do Galeão e de Confins (17,5 e 10,4 milhões, respectivamente, em 2012). Adicionalmente, conforme indicou a unidade técnica, pelas projeções otimistas apresentadas, esses aeroportos apenas poderiam alcançar o fluxo de 35 milhões de passageiros em 2024 e 2038, respectivamente.

Em segundo lugar, a exigência contraria os princípios norteadores do Direito brasileiro (arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993), bem como a jurisprudência deste Tribunal, que, além de preverem que a licitação deve buscar a proposta mais vantajosa para a administração e seguir os princípios da igualdade, da competitividade, entre outros, apenas admitem exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em relação à vedação de participação dos concessionários que atuam nos aeroportos já concedidos, o TCU entende que tal exigência deve ser adequadamente justificada. Existe a intenção de evitar a formação de estruturas de mercado imperfeitas (oligopólio, por exemplo) nos serviços de manutenção e exploração da infraestrutura dos aeroportos concedidos. No entanto, sua manutenção pode configurar limitação à competitividade do presente certame.

A ANAC, com base em estudos técnicos, alegava a necessidade de fixação de parâmetros e vedações para participação na licitação dos aeroportos. Por outro lado, o TCU,

questionou esse posicionamento e solicitou os fundamentos que motivaram a tomada de tal decisão.

O próprio TCU reconhece que é atribuição da SAC e da ANAC definir os requisitos e participação do certame¹²³, porém, tais limites devem ser adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado. O que ocorre na prática é que a definição final, do parâmetro tido como barreira de entrada, ficará a cargo da Corte de Contas, e não da agência reguladora.

Caso a Corte de Contas não fique convencida da necessidade da restrição, a agência terá que rever seu posicionamento. Entende-se, também, que é papel do TCU a preservação de um espaço competitivo no certame, a fim de evitar que sejam criadas barreiras de entrada desnecessárias para a participação da licitação. No entanto, se a agência por meio de estudos regulatórios demonstrar que é necessária determinada restrição, sua efetiva implementação dependerá do convencimento do Tribunal de Contas.

Isso foi o que ocorreu no caso dos aeroportos de Galeão e Viracopos, em que o TCU entendeu que a agência apresentou argumentos técnicos suficientes para impor a restrição de participação dos concessionários que já atuavam no setor aeroportuário.

Posicionamento distinto ocorreu em relação à exigência prévia de processamento de 35 milhões de passageiros, na qual o TCU julgou insuficientes os subsídios trazidos pela agência¹²⁴. A conclusão da unidade técnica foi enfática no sentido de que os dados apresentados não eram confiáveis e haveria o risco de não haver competição no leilão¹²⁵.

Diante da insatisfação do TCU com dados trazidos pela agência, o voto do Relator Augusto Sherman apresenta duas alternativas para a solução do problema: (i) desenvolvimento

¹²³ Trecho do Acórdão 2666/2013 - Diante das atribuições legais da SAC e da Anac, considera-se que ambas possuem competência para estabelecer os requisitos de participação no presente certame. Entende-se que esses requisitos inserem-se tanto na formulação das políticas de desenvolvimento da infraestrutura aeroportuária (a cargo da SAC), quanto na possibilidade de impor regras destinadas a preservar a concorrência entre aeródromos (a cargo da Anac).

¹²⁴ Interessante notar que apesar de discordar da agência, o TCU sempre frisa em votos o respeito à decisão desses órgãos. Segue o trecho do Relatório técnico do acórdão 2666/2013: Preliminarmente, esclareça-se não se está aqui a substituir a Agência em seu conhecimento técnico, até porque é entendimento nesta Corte de que, no controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas

¹²⁵ Trecho do relatório Técnico do Acórdão 2666/2013: Pelo exposto, com relação ao método utilizado para se chegar ao índice proposto, conclui-se que não há evidências estatísticas robustas que demonstrem a adequação do requisito mínimo exigido, nos termos do item 9.2.1 do Acórdão 2.466/2013, uma vez que dada a possível ausência de confiabilidade e significância estatística na tabela apresentada, o índice encontrado não propicia a melhor evidência alcançável à que seria mediante o uso apropriado das informações. Além disso, há um risco significativo de que o critério adotado possa implicar em considerável impacto à competitividade.

de novos estudos necessários e suficientes para determinar os valores necessários para a comprovação da qualificação técnica e restringir a exigência editalícia aos valores devidamente fundamentados por esses estudos, submetendo-os à apreciação do TCU; ou (ii) fixar no edital, desde logo, exigência que tenha como limite máximo os valores projetados para o fluxo de passageiros, no exercício de 2014 (data de início prevista para a concessão), em decorrência de interpretação razoável da legislação e da jurisprudência do Tribunal na matéria.

Percebe-se, portanto, pelo acórdão, que coube ao TCU a definição de qual parâmetro seria utilizado, seja por meio da análise de novos estudos feitos ou acatando a sua decisão de usar a projeção de passageiros para o ano de 2014 como parâmetro máximo. Apesar de o TCU reconhecer que a imposição de parâmetros é de competência do Poder Concedente, tal disposição encontra-se sob a égide de aprovação da Corte de Contas¹²⁶.

A mesma discussão ocorrida na rodada do Galeão e Guarulhos foi retomada em 2016, quando da privatização de mais quatro aeroportos. A decisão seria que a experiência requerida para esses aeroportos seria de 10 milhões de passageiros.

Tal celeuma está registrada nos acórdãos 956/2016, 925/2016, 957/2016 e 926/2016 no item 9.1.1., que requer adoção de requisitos de habilitação que sejam tecnicamente adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado. O argumento do TCU é o mesmo anteriormente usado, sem ter demonstrado, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes.

Por fim, o poder concedente cedeu ao posicionamento do TCU e usou como parâmetro de definição da qualificação técnica a projeção de demanda para o primeiro ano de operação, que foi a mesma solução adotada para os aeroportos do Galeão e Viracopos¹²⁷.

¹²⁶ Por fim, a habilitação técnica foi a seguinte: (i) Para o aeroporto de Confins: 12 (doze) milhões de passageiros em pelo menos 1 (um) ano civil, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao da publicação deste Edital, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em trânsito. (ii) Para o aeroporto do Galeão: 22 (vinte e dois) milhões de passageiros em pelo menos 1 (um) ano civil, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao da publicação deste Edital, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em trânsito.

¹²⁷. Por fim, a habilitação técnica foi a seguinte: É requisito de qualificação técnica para apresentação de propostas para quaisquer dos Aeroportos que o Operador Aeroportuário possua experiência mínima de 5 (cinco) anos na operação de um mesmo aeroporto que tenha processado, no mínimo: (i) Para os aeroportos de Salvador e de Porto Alegre: 9 (nove) milhões de passageiros em pelo menos 1 (um) ano civil, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao da publicação deste Edital, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em trânsito; (ii) Para o aeroporto de Fortaleza: 7 (sete) milhões de passageiros em pelo menos 1 (um) ano civil, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao da publicação deste Edital, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em trânsito; (iii) Para o aeroporto de Florianópolis: 4 (quatro) milhões de passageiros em pelo menos 1 (um) ano civil, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao da publicação deste Edital, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em trânsito;

b. Utilização da fórmula de reversão de ganhos de eficiência e de produtividade em favor dos usuários que efetivamente reflita o incremento de eficiência e de produtividade obtido pela futura concessionária – acórdãos: 3224/2011; 3232/2011; 3233/2011.

O TCU tem como premissa o repasse dos ganhos de eficiência e de produtividade do concessionário para os usuários. Não é à toa que determinou sua previsão também para o setor rodoviário e portuário. É recorrente a determinação da Corte de Contas na adoção de um sistema que permite o compartilhamento de ganhos durante a concessão. Diferentemente dos outros setores, no caso do aeroportuário, a discussão foi sobre a fórmula usada pela ANAC que, na visão do TCU, a proposta apresentada nos estudos não refletia a finalidade do Fator X.

A regulação econômica dos aeroportos brasileiros não é baseada em custos. Modelos de regulação baseados em custos geralmente envolvem a realização de revisões tarifárias periódicas que objetivam alterar as tarifas para que cubram os custos, levando-se em conta as características do projeto e da indústria. Tais revisões demandam o envio de informações de produtos, receitas de custos operacionais, investimentos realizados anualmente, base de ativos, depreciação e remuneração do capital. O processamento e utilização dessas informações impõem aos regulados e reguladores elevados custos com equipes próprias, contratação de consultorias e auditorias, *softwares* e a adoção de procedimentos específicos.¹²⁸

O Fator X exerce, em parte, o papel de uma revisão tarifária, porém, de forma simplificada e menos custosa no que se refere à necessidade de informações. A metodologia adotada pela ANAC para calcular o Fator X é por meio do índice de Törnqvist, que demanda pelo menos informações sobre produtos, receitas e custos.

Analisando o acórdão 3233/2011, nota-se que a ANAC, na rodada de licitação dos aeroportos de Brasília, Viracopos e Guarulhos, inovou e propôs uma nova fórmula de cálculo para o Fator X¹²⁹. Na análise do TCU, essa nova metodologia de cálculo do Fator X, contida na minuta contratual submetida à Audiência Pública 16/2011, não promove adequadamente a transferência, aos usuários, de ganhos de eficiência e de produtividade.

¹²⁸http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/chamamento-previo/fator_x_desconto_rpc.pdf

¹²⁹Trecho do Relatório Técnico - Acórdão 3233/2011: Comparativamente, no âmbito do processo de concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante/RN (TC 034.023/2010-0), o método utilizado para calcular a variação da produtividade da concessionária foi o índice de Törnqvist, ampla e tradicionalmente aceito pela literatura especializada. No caso em exame, a Anac preteriu o referido método – bem como outros índices igualmente consagrados, tais como os de Kendrik, Solow e Malmquist, alguns dos quais plenamente adequados ao setor aéreo, conforme Araújo Junior (2004) – para adotar uma fórmula com associações discricionárias entre intervalos e resultados e que limitam os valores possíveis do Fator X entre menos dois e três.

Assim, foi determinado à ANAC que utilizasse fórmula para cálculo do Fator X, que efetivamente reflita o incremento de eficiência e de produtividade obtido pela futura concessionária. Segue o trecho do voto do Ministro Relator Aroldo Cedraz:

Após minucioso exame da metodologia ora adotada pela Anac, bem como das respostas oferecidas pela Agência para justificar a metodologia paramétrica criticada pela Sefid-1, a unidade técnica concluiu que o método em questão não incorpora ganhos de eficiência e incorpora apenas ganhos de escala, refletindo de forma bastante indireta os ganhos de eficiência. A instrução aponta ainda duas impropriedades na forma de aferição dos ganhos de escala: a fórmula pressupõe que os custos fixos manter-se-ão constantes ao longo do tempo e não considera os ganhos de produtividade decorrentes do acréscimo no volume de carga transportada. Além disso, outra fragilidade da metodologia adotada pela Anac relaciona-se ao fato de que o lucro operacional auferido em determinado período não deve ser comparado com os investimentos de capital realizados no mesmo interstício, considerando que esses investimentos são depreciados em períodos subsequentes.

Ante a detalhada análise empreendida, a Sefid-1 conclui que a metodologia indicada para cálculo do Fator X não reflete de forma adequada o ganho de produtividade do concessionário, prejudicando sua correta reversão em benefício dos usuários do serviço. Ademais, a metodologia desconsidera os ganhos de eficiência e de evolução tecnológica, atendo-se unicamente a ganhos de escala. Por tais razões, a Sefid-1 entendeu que esta configuração metodológica parece destoar do que preconiza o art. 7º, § 1º, do Decreto 7.624/2011. Segundo o mencionado dispositivo, “o regime tarifário dos contratos de concessão deverá prever a transferência de ganhos de eficiência e produtividade aos usuários, e considerar aspectos de qualidade na prestação de serviço.

Atualmente, a ANAC usa o modelo adotado no ASGA para definição do Fator X, ou seja, Törnqvist, de todos os aeroportos concedidos. Por essa razão, tal determinação não se fez mais presente na rodada posterior.

No caso concreto, a ANAC, para atender à determinação do TCU, abandonou sua própria metodologia e voltou a usar o citado método de análise. A decisão final, portanto, da metodologia que pode ser usada, coube ao TCU e não à ANAC. Nesse caso, há uma sutileza, pois, o TCU não impôs determinada metodologia, apenas impôs o uso de alguma que exprimisse realmente o objetivo do Fator X.

O que se nota, na verdade, é que o poder de análise do TCU é muito elevado nesses processos e suas determinações podem alterar o arranjo regulatório modelado pela agência reguladora. Caso a Corte de Contas não se convença da plausibilidade da decisão, a agência é obrigada a alterá-la.

É possível afirmar, com bases nos casos analisados, que a última palavra sempre cabe ao TCU. Além disso, apesar de o TCU reconhecer que determinadas opções cabem às agências

reguladoras, sua análise vai esmiuçar as razões e fundamentos que levaram à tomada de determinada decisão. E caso não fique convencido, determinará a alteração.

Diante desse quadro, um ponto importante a saber é verificar o quanto a intervenção do TCU limita inovações nos contratos de concessão. André Braga¹³⁰ afirma que existe uma correlação significativa entre, de um lado, a extensão das determinações e recomendações do TCU destinadas às agências reguladoras e, de outro, a quantidade de inovações introduzidas em contratos de concessão. Quanto mais extensa a decisão do TCU em determinado processo de acompanhamento, menos inovações surgirão na concessão seguinte.

Outro ponto relevante é o número de pedidos de reexame interpostos pelas agências, visando reformular as decisões do TCU, que pode ser considerado como de baixa utilização. No caso das rodovias, em apenas dois processos, houve o pedido de reexame da atuação do TCU, referente ao Acórdão 2299/2005 e 683/210. No caso do setor portuário, houve um relevante pedido de reexame ao Acórdão 3661/2013, que gerou um intenso debate na Corte de Contas e a revisão de seu posicionamento, acatando a tese de que a matéria é de competência decisória do poder concedente. No caso dos aeroportos, em que houve intervenções regulatórias, a posição da agência foi passiva, acatando as determinações do TCU sem apresentar quaisquer recursos. Nesse caso, a decisão da ANAC foi acatar o modelo apresentado pelo TCU e implementá-lo na concessão.

4.7 Uma possível solução: consideração da capacidade institucional

O resultado obtido com base na pesquisa empírica foi no sentido de que o TCU, quando da realização da fiscalização nos processos de concessão, tem adentrado na análise de questões regulatórias. Uma vez comprovada a existência de intervenção em questões regulatórias, bem como realizada a sua identificação, é possível retornar ao questionamento feito no capítulo anterior sobre se deveria o TCU adentrar ou não nessa análise.

As respostas apresentadas pela doutrina são antagônicas, havendo posicionamento distinto, o que não oferece uma clara definição para essa questão. Foi realizada uma análise nas decisões do TCU, no intuito de encontrar possíveis critérios de limitação para sua atuação e que, de acordo com a autoavaliação da Corte de Contas, o discurso utilizado é o de que as agências devem ter seu espaço decisório preservado.

¹³⁰ BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. Obra citada. Pg. 74

A pesquisa realizada demonstra que a avaliação do TCU não encontra respaldo com as reais determinações impostas às agências reguladoras, ou seja, o discurso apresentado pelo Tribunal está em desacordo com a realidade fática.

Sob o aspecto doutrinário, conforme já explicitado, não há consenso e a legislação também não é clara na definição dos limites de atuação do TCU. Nesse sentido, uma possível solução seria a utilização da teoria da capacidade institucional que, de acordo com Leal e Argulhes, pode ser utilizada quando há zonas cinzentas de definição de competências, *in verbis*:

Se regras textualmente expressas de competência resolvem um problema, não há porque recorrer ao argumento das capacidades institucionais, que deve entrar em cena justamente nos interstícios das áreas claramente determinadas ou determináveis por dispositivos legais. Com outras palavras, o emprego de argumentos de capacidades institucionais pressupõe obediência ao direito positivo, o que o torna especialmente útil apenas quando esse direito positivo não é suficiente para determinar uma única alternativa correta quanto à adoção de uma teoria interpretativa ou forma de alocação de poder decisório entre instituições.

A avaliação empírica feita nesse trabalho serve como um primeiro passo para identificação do problema e propõe-se como uma possível solução uma futura análise utilizando-se dos pressupostos metodológicos da teoria das capacidades institucionais.

A teoria da capacidade institucional tem por fim analisar o arranjo institucional sob a perspectiva trazida por Sustain e Vermeule¹³¹ no seu artigo seminal “Interpretation and Institutions”. Essa teoria foi desenvolvida para o contexto de definição acerca da atuação do Poder Judiciário, mas pode ser replicada no problema aqui analisado. De acordo com esses autores, a pergunta central deixa de ser como um texto deve ser interpretado, mas sim qual instituição, diante de suas habilidades e limitações deve decidir?¹³² Assim, é possível com base nesses parâmetros chegar ao resultado de qual instituição deverá dar a palavra final.

Essa indagação traz em si a necessidade de uma avaliação empírica das instituições inseridas nesse contexto decisório. Além disso, é preciso avaliar o efeito dinâmico, uma vez que o intérprete não pode desconsiderar as consequências da sua atividade para os atos públicos e privados¹³³.

¹³¹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Michigan Law Review, Vol. 101, 4, 2003.

¹³² Ibid. Pg. 2

¹³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, jan/marc/2015. Pg. 160

Diogo Werneck e Fernando Leal apresentam dois méritos para a utilização dessa teoria. O primeiro deles seria a incorporação de juízos empíricos na discussão, pois a definição da função de um ente estatal é formulada em um contexto ideal que pode estar mais ou menos explícito na sua descrição ou amparada em conceitos vagos como democracia, separação de poderes. O comportamento das instituições no mundo real será distinto do idealizado, uma vez que sua operacionalização ocorre em contextos institucionais específicos.

A segunda vantagem, segundo esses autores, seria evitar a realização de uma análise com base no insulamento entre as instituições, como se as decisões de um poder ocorressem num contexto de absoluto vazio institucional. Assim, a análise deve levar em conta o arranjo institucional plural e, quando cria tensão interinstitucional, deve ser apreciada relativamente aos méritos e deméritos das outras instituições capazes de oferecer respostas aos problemas. A análise é global, envolvendo os possíveis decisores e suas capacidades de limitações.

Espera-se, com a incorporação do debate a partir das considerações da capacidade institucional, que se possa avaliar empiricamente qual a solução mais adequada para avaliar, no caso concreto, quem deve tomar a decisão final. Os intérpretes deixariam de lado suas divergências doutrinárias e focariam no debate da resolução do caso real¹³⁴.

Conforme já explicitado, a teoria da capacidade institucional foi desenvolvida para dar solução ao debate sobre as decisões judiciais e serviu de base para traçar limites de atuação do poder judiciário. Nesse sentido, a discussão sobre o ativismo judicial poderia ser replicada neste trabalho. Fazendo um paralelo, a situação é bastante similar, uma vez que a discussão central deste debate é sobre o campo de abrangência de atuação do TCU. Ocorre que este a dicotomia ativismo judicial (legislador positivo), de um lado, e a deferência judicial (legislador negativo), são teses antagônicas apresentadas pela doutrina tradicional a partir de considerações abstratas, como separação de poderes, especialização e democracia¹³⁵.

A relevância de análise com base na capacidade institucional está na avaliação *in concreto* que é feita com base em premissas empíricas e não abstratas. Nesse sentido, Rafael Oliveira afirma que: “não nos parece possível afirmar, de maneira abstrata, que o ativismo é a melhor ou a pior autocontenção. A opção por uma dessas posturas judiciais depende de uma

¹³⁴ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Obra citada. Pg. 24

¹³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Obra citada. Pg. 161

série de variáveis, especialmente de considerações pragmáticas e institucionais, normalmente olvidadas no debate¹³⁶.

O argumento da capacidade institucional possui três premissas: (i) existência de grau de especialização funcional, (ii) considera que qualquer instituição, na hora de efetivar seu dever, está sujeita a graus variados de erros e incerteza, (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve ocorrer com base nas possíveis consequências para promoção de um mesmo valor ou objetivo¹³⁷. A consequência da avaliação com base nessas considerações seria: o abandono de se encontrar alguma solução ideal, a proposição de avaliação de custo associado para a implementação das diferentes soluções e a adoção da “segunda melhor solução”.

Assim, a utilização do argumento da capacidade institucional dependerá de uma avaliação concreta, baseada em critérios objetivos, que determinarão quem é o ente mais apto a tomar determinada decisão. A utilização de tal teoria relativiza conceitos como a separação estanque de poderes e impossibilidade de revisão de atos discricionários de um ente em relação ao outro.

Tendo em vista seu caráter empírico, a teoria da capacidade institucional só apresenta respostas contingentes¹³⁸ operacionalização, as quais variarão de acordo com a dimensão contextual ou circunstancial. A solução será, portanto, específica para aquele quadro analisado. Alterações nas instituições podem refletir no resultado da avaliação anteriormente realizada.

Importante ressaltar que a utilização da capacidade institucional não significa o abandono ao direito positivo e à propositura de soluções *contra legem*. Não se trata, portanto de um argumento para reforma institucional irrestrita, mas sim, para alocação de poder dentro de um marco institucional existente nos casos em que a resposta não está claramente determinada por normas jurídicas.

Feita essa síntese do argumento da capacidade institucional, cabe retornar ao ponto central desse trabalho, que diz respeito ao controle do TCU exercido sobre as agências reguladoras. Tem-se, portanto, que, no arranjo institucional, as agências possuem a missão de estruturar os projetos de concessão, cabendo ao TCU realizar a fiscalização. Ocorre que as

¹³⁶ Ibid. Pg. 163

¹³⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Direito, Estado e Sociedade, n. 38, 2011. Pg. 11

¹³⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de Operacionalização do Argumento de “capacidades Institucionais”. Revista de Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016. pg. 197

agências, quando da função regulatória, podem cometer erros no mundo real. Nesse caso estaria o TCU impedido de realizar ajustes, baseando-se na premissa da discricionariedade administrativa?

Pelo argumento da teoria da capacidade institucional, não é possível tratar o TCU e as agências como estruturas estanques cujo campo de atuação encontra-se determinado legalmente, inexistindo qualquer ponto de sobreposição entre eles. Propõe-se, com a utilização da capacidade institucional, a construção de soluções partilhadas entre as instituições, preservando a sua competência, mas abrindo espaço para que a interação entre os agentes gere o resultado mais adequado.

O ganho trazido pela teoria da capacidade institucional é a tentativa de não insulamento das instituições, na medida em que deve ser avaliada a decisão concreta e seus efeitos sistêmicos, e não apenas questões teóricas de campo definido de atuação entre as instituições. É preciso ter esse olhar sobre a tensão interpretativa entre quem deve decidir, se o TCU ou determinada agência reguladora, baseando-se em dados reais, e não apenas em conceitos abstratos.

Este tópico teve como principal propósito ampliar a discussão sobre a competência dos órgãos, objetivando apresentar uma nova maneira de solucionar o possível conflito entre instituições, no intuito de propor soluções que se coadunem a realidade institucional em que a interação entre os envolvidos não pode ser visualizada de maneira insular.

Nesse sentido, espera-se que uma avaliação com base no argumento da capacidade institucional possa apresentar uma proposta de solução para o problema da intervenção em matéria regulatória pelo TCU.

A utilização desse marco teórico pode apresentar o resultado de que é melhor que o TCU intervenha e delibere sobre questões regulatórias, pois produz melhores efeitos para o sistema regulatório, diante do fato dessa entidade com base nos critérios definidos a ser a que possui mais méritos do que as agências reguladoras

No entanto, qualquer afirmação como essa depende da utilização de aspectos empíricos e da comparação das habilidades e limites concretos entre o TCU e determinada agência reguladora. Não se trata de uma tarefa fácil, pois é preciso definir critérios objetivos de análise, bem como possuir dados suficientes para sua mensuração. Além disso, os critérios têm

que ser passíveis de verificação nas instituições avaliadas. A operacionalização do argumento não é uma tarefa simples.

5. CONCLUSÃO

O processo de fiscalização realizado pelo Tribunal de Contas da União nas concessões de serviços públicos, que decorre de uma assunção de competência determinada pelo próprio TCU, atualmente está normatizado em três Instruções Normativas: IN 27/98, IN 46/2004 e IN 52/2007.

É interessante perceber como o processo de interpretação da Constituição Federal realizada pelo TCU criou um procedimento de controle nos processos de desestatização iniciados na década de 90. Fato é que, atualmente, a participação do TCU na aprovação das modelagens e dos editais das concessões é mandatória.

Cronologicamente a participação do TCU nos processos de desestatização ocorre desde o início da implementação do Programa Nacional de Desestatização -PND, instituído pela Lei 8.031/90. Nessa época, o referido programa tinha como responsáveis o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Ministérios Setoriais e outros órgãos de governo.

O PND refletia a decisão de reposicionamento do estado brasileiro, que promoveu o afastamento estatal das atividades econômicas e da prestação direta dos serviços públicos. O resultado desse movimento foi a criação de entidades independentes e imparciais com o objetivo de promover a regulação dos setores agora operados pela iniciativa privada.

A decisão de retirada do Estado do controle de empresa e das sociedades de economia mista por meio de desestatização e outorga de novas concessões requereu a criação de entidades com função de regular e fiscalizar os serviços e atividades reguladas.

Esses entes são as agências reguladoras, que tem como missão ser um terceiro neutro entre o governo, usuário e concessionário. Entre as atribuições dessas autarquias especiais, está a competência de estruturar as concessões de serviços públicos. Ocorre que o processo de estruturação de concessões sempre foi acompanhado pelo TCU, que se autodefiniu como responsável pela aprovação do processo de outorga e acompanhamento da execução contratual, tendo ainda editado normas internas que disciplinam seu processo de fiscalização.

Assim, junto com a criação das agências reguladoras, surge a discussão sobre a necessidade de preservar sua autonomia decisória e, por consequência, a proposição de limites ao controle dos seus atos administrativos por outros entes públicos.

A proposição desses limites não é pacificada no campo doutrinário, inexistindo consenso sobre a possibilidade de controle das atividades-fim das agências pelo TCU. Tendo em vista a ausência de um delimitador claro para a questão, analisou-se a jurisprudência do TCU sobre possíveis limites para sua atuação. A conclusão foi que o discurso adotado pela Corte de Contas é sempre no sentido de preservar o espaço decisório dessas autarquias especiais.

Adotou-se neste trabalho, como pressuposto de análise, que a discricionariedade das agências deve ser preservada, devendo haver controle pelo TCU apenas no caso de ilegalidade ou omissão por parte do ente regulador.

Ocorre que, na prática, essa preservação do espaço decisório da agência, apesar de conceitualmente reconhecido, inclusive pelo TCU, pode não ser efetivamente respeitado nos processos de concessão de serviços públicos.

O ponto seguinte foi analisar como vem ocorrendo a fiscalização do TCU nos processos de concessão de serviços públicos. Para tanto, foram analisados quarenta acórdãos do TCU, referentes a todos os processos de concessão que tiveram contratos assinados nos seguintes modais logísticos: rodovias, portos e aeroportos. A intenção foi avaliar a atuação do TCU de forma sistemática e verificar, na prática, como vem sendo realizada a sua fiscalização nos processos de concessão, especialmente em matérias regulatórias.

Ainda com base na análise nos acórdãos, percebe-se que o TCU verifica minuciosamente detalhes dos projetos, no intuito de garantir a economicidade, transparência e garantia da concorrência nos certames. Outra observação importante é que as interpretações da legislação feitas pelo TCU são, em geral, bem restritas, o que limita inovações por parte das agências reguladoras. Foi definida, ainda, uma classificação por tipo de decisão para que fosse possível estabelecer quais matérias seriam fiscalizadas pelo TCU.

A classificação proposta foi dividida em quatro tipos: a) **determinações corretivas e legais** – aquelas em que são apontados erros e inconsistências nos estudos, requerem a revisão de custos, identificam ausência de algum elemento essencial ou realizam o controle de legalidade; b) **determinações educativas** – objetivam melhorar a qualidade dos estudos nos

próximos projetos ou têm como objeto o desenvolvimento de determinada metodologia para melhoria regulatória pela agência, **c) determinações contratuais e editalícias** – estão relacionadas a questões de melhor definição ou inclusão de cláusula nos contratos de concessão e no edital, **d) determinações regulatórias** – estão relacionadas aos aspectos regulatórios das concessões que afetam a estrutura contratual e impõem à agência uma obrigação de fazer, inclusive como deve ser feito.

Tendo em vista que o objeto deste trabalho é a análise de intervenção regulatória, apenas o último tipo de intervenção foi detidamente explorado. No entanto, a proposta de classificação serve como ponto de partida para futuros análises acadêmicas que pretendam avaliar a forma de atuação do TCU.

Sinteticamente, em relação aos outros tipos de determinação, foi possível identificar que o maior número corresponde a aspectos corretivos, seguidos dos aspectos contratuais e educativos. Apesar de, numericamente serem a de menor quantidade, as intervenções regulatórias não podem ser tidas como irrelevantes. É exatamente sobre elas que reside o questionamento sobre os limites de atuação do TCU. Em relação aos outros tipos de intervenção, o entendimento construído nesse trabalho, é que faz parte do controle usual do TCU não havendo dúvidas sobre a sua competência.

O resultado obtido, nessa análise, foi que, em todos os modais analisados, houve interferência do TCU em matérias consideradas regulatórias. O TCU, nesses casos, impôs à agência reguladora a forma como deveria ser resolvida a questão, ou seja, determinou a solução a ser adotada. Assim, foi identificado que algumas decisões do campo discricionário das agências na estruturação de projetos, atualmente, são definidas pelo próprio TCU.

Verifica-se que a Corte de Contas possui papel duplo: o de o julgador e ao mesmo tempo o de responsável por definir os limites de sua atuação. Em outras palavras, quem define o que é assunto de caráter decisório das agências é o próprio TCU.

Tendo em vista que a jurisdição do TCU é definida por ele mesmo, em caso de descontentamento com a decisão tomada, cabem às agências reguladoras dois caminhos: o recurso para o próprio TCU ou interposição de ação do Supremo Tribunal Federal – STF. Não foi identificada a utilização de recurso à Corte Constitucional.

Em relação à utilização de recursos para o próprio TCU, foram identificados pedidos de reexame para dois casos no setor rodoviário e um caso no setor portuário.

O pedido de reexame do setor portuário é o mais emblemático, pois tinha como discussão a necessidade de estipulação de tarifa-teto para todos os terminais portuários que seriam licitados. Na avaliação do TCU, a estipulação era essencial para evitar, por parte do concessionário, a estipulação de preço abusivos. Por sua vez a ANTAQ argumentava a desnecessidade de tal previsão, tendo em vista a existência de concorrência e a verticalização da cadeia produtiva. Para a agência, a regulação e tarifa-teto seria dispendiosa e traria custos regulatórios desnecessários.

Nesse processo, após intenso debate na Corte de Contas, deliberou-se no sentido de que a decisão sobre a necessidade de imposição e tarifa-teto nos terminais arrendados seria do poder concedente.

Esse caso demonstra que ocorrem intervenções em matérias regulatórias e que, em algumas vezes, o recurso é exitoso. Tendo em vista a ausência de critérios externos, como decisões judiciais, para a definição de quais seriam os limites de atuação do TCU, a palavra final acaba sendo do TCU.

Assim, mesmo que existam limites doutrinários sobre a impossibilidade de o TCU intervir em questões regulatórias, e ser essa a posição adotada no discurso pelo TCU, se não houver o reconhecimento no caso concreto, pela Corte de Contas, de que determinada matéria é regulatória, a decisão final será sempre sua.

Como proposta de solução para esse problema, aponta-se como possível a utilização do argumento da capacidade institucional, que teria o condão de definir, com base nas habilidades e deficiências das instituições, aquela que teria maior capacidade de dar a resposta mais adequada ao problema.

Essa teoria tem como premissa a utilização de dados reais das instituições, para que, nos casos em que ocorrem sobreposição de atribuições, seja dada uma resposta baseada em dados empíricos. Utilizando-se o argumento da capacidade institucional, a definição deixa de ser conceitual e baseada em suposições, ou mesmo em critérios não passíveis de comprovação na realidade. Trata-se de uma ferramenta válida para avaliar as instituições dentro do cenário institucional em que estão inseridas.

Esse trabalho teve como objetivo contribuir no debate da interação entre o TCU e as agências reguladoras, por meio de uma avaliação empírica de como vem ocorrendo a fiscalização da Corte de Contas nos processos de desestatização.

A ideia principal foi avaliar se ocorre intervenção do TCU em matérias regulatórias. Existem nesse campo dúvidas se teria esse Tribunal a competência para definir essas questões ou se estariam elas blindadas do seu controle.

Fato é que o TCU vem intervindo em matérias regulatórias, cabendo-lhe inclusive decidir o que seria do campo decisório das agências reguladoras. Espera-se que esse trabalho sirva de base para novas pesquisas sobre o tema. Fica disponível para tanto a sistematização dos dados de todas as concessões nos modais rodoviário, portuário e aeroportuário, cujos processos tiveram contrato assinado.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Ubiratan Diniz *et al.* **A administração pública sob a perspectiva do controle externo.** Belo Horizonte. Fórum. 2011. Pg. 199.

ARAGAO, Alexandre dos Santos. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2002.

ARAUJO, Júlio Cesar Manhães de. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas da Constituição de 1988.** Curitiba. Juruá. 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Direito, Estado e Sociedade, n. 38, 2011.

_____. **Dois Problemas de Operacionalização do Argumento de “Capacidades Institucionais.** JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES (2016) 213 *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 2, 1, 2016.

BARBO, André Roriz de Castro. **A evolução da regulação das rodovias federais concedidas.** Revista da ANTT v. 2. 2010. Disponível em: <http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed3/_asp/ed3-artigosEvolucao.asp>

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico.** Editora Atlas. São Paulo-SP.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática.** Revista de Direito Administrativo. nº 229. Rio de Janeiro. 2002.

BEZERRA, George Christian LINHARES Bezerra. **Planejamento aeroportuário e stakeholders: contribuições da prospectiva estratégica.** *Aviation in Focus* (Porto Alegre), v.2, n.1, p. 3-12 – jan./jul. 2011.

BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. **O tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões de serviços públicos?** Dissertação de Mestrado – FGV Rio. 2015.

BOOZ & Company. **Análise e avaliação da organização institucional e da eficiência de gestão do setor portuário brasileiro.** BNDES. 2012. Pg. 12. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/7668/1/An%C3%A1lise%20e%20avalia%C3%A7%C3%A3o_FEP0110_resultado_vol_1_P.pdf>

BUGARIN, Bento José. **Acompanhamento, pelo TCU, do Programa Nacional de Desestatização** in: Revista do Tribunal de Contas da União, V. 6, nº 64, abr/jun.1995.

CAMACHO, Fernando Tavares e RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Regulação econômica de infraestrutura: como escolher o modelo mais adequado?** Revista do BNDES, nº 41, Junho de 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro. Lumen Iuris, 2007.

COSTA, Luis Bernardo Dias. **Tribunal de Contas Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito**. Fórum. 2006.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva, et al. **Rodovias Brasileiras: Políticas Públicas, Investimentos, Concessões E Tarifas De Pedágio**. Texto para discussão. IPEA 2011.

Dal Pozzo, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do Tribunal de Contas e o estado democrático**. Belo Horizonte: Fórum. 2010. Pg. 92.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na constituição de 1988**. Atlas. São Paulo. 2001.

_____. **O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras**. In: SEMINÁRIO O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, 2002, Brasília. O Controle externo na regulação de serviços públicos. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002.

DOURADO, Rodolfo Maciel. **O Controle Externo sobre as Agências Reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades de atuação**. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2011

DUTRA, Joisa et al. **Regulação e concorrência em concessões rodoviárias no Brasil. Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes**. FGV. Rio de Janeiro. 2014.

GOMES, Marcelo Barros, et al. **10 anos de controle externo da regulação de serviços públicos in Regulação de serviços públicos e controle externo**. Tribunal de Contas da União – Brasília: TCU, secretaria de desestatização, 2008.

_____. **O controle externo das agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros.** VIII *Congresso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 2003

Gomide, Alexandre De Ávila. **A gênese das agências reguladoras de transportes: O institucionalismo histórico aplicado à reforma regulatória brasileira dos anos de 1990.** Texto para discussão. IPEA. 2012

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – Da organização administrativa à governança em rede.** Editora Fórum.

_____. **Controle judicial dos atos regulatórios.** Editora Lumen Juris. 2005.

_____. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, nº 44, out/dez 2013.

_____. **A Atividade Fim das Agências Reguladoras e o seu Controle pelos Tribunais de Contas: Evolução e Problemas:** Apud. TÁRSIA, Cristiana Muraro.

GUERRERO, Dario Alexandre. **Análise dos contratos de concessão de rodovias federais – evolução da matriz de risco.** Disponível em :

<http://www.cbrcbrasvias.com.br/CBRC2013/anais/anaiscongresso/arquivos/AN__LISE%20DOS%20CONTRATOS%20DE%20CONCESS__O%20DE%20RODOVIAS%20FEDERAIS%20___%20EVOLU___O%20DA%20MATRIZ%20DE%20RISCO.pdf>

IPEA. **Rodovias Brasileiras: gargalos, investimentos, concessões e preocupações com o futuro.** Livro 6. Volume 1.2010.

JORDÃO, Eduardo. **A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Agências Reguladoras independentes. Fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União.** Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3950200/mod_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%3B%20juliana%20bonacorsi%20de%20palma%3B%20danielo%20rehem%3B%20nara%20merlotto%2C%20yasser%20gabriel%20-%20reputa%C3%A7%C3%A3o%20institucional%20....pdf>

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis.** Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte. 2012.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro.** São Paulo. Atlas. 2002.

MOREIRA, Mauricio Mesquita. **O óbvio ignorado: custos internos de transportes e a geografia das exportações no Brasil. Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes.** FGV-IBRE.

MENEZES, Monique. **O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços.** Revista de Sociologia Política, V. 20, n.43, out/2012, pg. 110.

_____. **Autonomia e controle das agências reguladoras: o papel do Tribunal de Contas da União no arranjo regulatório brasileiro.** Curitiba. Ithala. 2015; Teresina. Edufpi.2015

NETO, Moreira Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório.** Editora Renovar. 2003.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. **Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, pg. 160, jan/marc/2015

PINTO. Pedro Duarte. **Tribunal de Contas da União, agências reguladoras e um diálogo na construção de melhores resultados regulatórios.** Pg. 185. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 5, n. 1, já/jun – 2014.

PORTUGAL, Maurício. **Comentários à Lei de PPP.** Editora Malheiros. 2010.

RODRIGUES, Walton Alencar. **O controle da regulação no Brasil.** Revista do TCU. Edição Especial. Abril/junho 2005.

ROSILHO, André Jajácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. Tese de doutorado.** USP. São Paulo. 2016

SILVA, Anderson Luiz da. **Tribunal de Contas da União: Competência julgadora e controle judicial.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2015.

SILVA, Mariana Batista. **O desenho institucional em prática: uma análise da independência das agências reguladoras brasileiras.** V Prêmio SEAE. 2010. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Tema_2_2_lugar_Mariana_Diagramado.pdf>

SIMÕES, Edson. **Tribunais de contas: controle externo das contas públicas.** São Paulo. Saraiva. 2014.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions.* *Michigan Law Review*, Vol. 101, 4, 2003.

TÁRSIA, Cristiana Muraro. **A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras federais.** Dissertação de mestrado. Universidade Cândido Mendes. 2012.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileira.** O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro. Forense. 2006

VIEIRA, Marcia Cristina Nogueira. **O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais in:** Regulação de serviços públicos e controle externo. TCU, 2008.

WINDHOLZ, Eric e Graeme A. Hodge. **Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set./dez. 2013.

ZYMLER, Benjamin. **Direito e Controle.** Belo Horizonte. Fórum. 2015.

BRASIL. **10.233/2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Acessado em 20/04/2017.

BRASIL. **Lei 12.815/2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Acessado em: 20/04/2017.

BRASIL. **11.182/2005**. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Acessado em 20/02/2017.

BRASIL. **Lei 8.443 de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Acessado em: 21/02/2017.

BRASIL. **Lei 8.031/30, 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acessado em: 22/07/2016.

BRASIL. **Lei 9.491/90 de 09 de setembro de 1990**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acessado em: 22/07/2016.

BRASIL. **Lei 8630/1993, 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Brasília, 1993. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8630.htm>. Acesso em: 22/07/2016.

BRASIL. **Lei 12815/2013, 05 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acessado em 22/07/2016.

BRASIL. **IN 27/1998 TCU, 02 de dezembro de 1998**. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização.

BRASIL. **IN 46/2004 TCU, 02 de dezembro de 1998**. Dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles.

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3661/2013.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1555/2014.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1077/2015.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2299/2005.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2047/2006.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1405/2015.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2104/2008.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2961/2010.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1656/2011.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2573/2012.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1974/2013.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 290/2015.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2604/2013.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3033/2013.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 683/2010.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3160/2012.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3204/2013.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 86/2015.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1890/2015.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2047/2006.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2413/2015.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2680/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2990/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 670/2017.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 929/2011.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1795/2011.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3233/2011.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 157/2012.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3232/2011.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3234/2011.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2466/2013.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2666/2013.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 926/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3019/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 925/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3018/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3017/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 246/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 957/2016.**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3016/2016.**

7. APÊNDICE

DETERMINAÇÕES CORRETIVAS - RODOVIAS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
2299/2005	9.1. determinar ao Ministério dos Transportes e à Agência Nacional de Transportes Terrestres que observem os ditames da Lei nº 9.491/1997, art. 18, e da Lei nº 10.233/2001, arts. 24 e 26, em que são estabelecidas as competências e as atribuições dos entes envolvidos no processo de desestatização dos trechos rodoviários tratados nestes autos, incluídos no Programa Nacional de Desestatização;
683/2010	<p>9.1 Determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT que na presente concessão rodoviária:</p> <p>9.1.1 deduza o valor aplicado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes a título de recuperação, restauração e manutenção do trecho rodoviário entre abril de 2007 e abril de 2009 - <i>R\$ 25.448.678,81 (vinte e cinco milhões, quatrocentos e quarenta e oito mil, seiscentos e setenta e oito reais e oitenta e um centavos)</i> - dos investimentos iniciais previstos para o primeiro ano da concessão da BR-040 - <i>R\$ 200.460.000,00 (duzentos milhões quatrocentos e sessenta mil reais)</i> - em respeito ao princípio da modicidade tarifária e de acordo com a art. 24, II, da Lei 10.233, de 2001;</p> <p>9.1.2 corrija o estudo enviado ao Tribunal de Contas da União, considerando, no mínimo, os elementos do projeto básico que permitam a plena caracterização dos investimentos previstos para serem despendidos no período de 25 anos da concessão, com o dimensionamento das soluções de pavimentação e com orçamento dos investimentos detalhado, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados e demonstrados, nos termos do art. 18, incisos IV e XV, da Lei nº 8.987, de 1995;</p> <p>9.2 determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com fulcro no art. 26, inciso VI e § 2º, da Lei 10.233, de 2001, e no art. 3º da IN nº 46, de 2004, que se abstenha de publicar os editais para concessão dos trechos rodoviários tratados nestes autos, até o cumprimento das determinações dispostas no item 9.1 deste acórdão e a ulterior manifestação deste Tribunal sobre os estudos de viabilidade desenvolvidos para fundamentar a tarifa máxima a ser exigida no respectivo certame;</p>
3160/2012	<p>1.8.1. exclua dos estudos de viabilidade a previsão de construção de pontos de apoio e parada para caminhoneiros e promova a revisão da Tarifa Básica de Pedágio a ser adotada como critério de julgamento das propostas, haja vista a necessária observância ao princípio da generalidade na prestação do serviço público, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995, e a ausência de fundamento legal que autorize tais investimentos; (parágrafo 66)</p> <p>1.8.2. exclua do Programa de Exploração da Rodovia (PER) a previsão de construção de pontos de apoio e parada para caminhoneiros, haja vista a necessária observância ao princípio da generalidade na prestação do serviço público, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995, e a ausência de fundamento legal que autorize tais investimentos; (parágrafo 66)</p> <p>1.8.4. faça constar do Programa de Exploração da Rodovia (PER) o prazo de conclusão e a localização das obras obrigatórias previstas no Apêndice D, de modo a assegurar a implementação das políticas públicas emanadas pelo Ministério dos Transportes; (parágrafo 132) rodovias federais concedidas; (parágrafo 171)</p>
1656/2011	<p>9.1. aprovar com ressalvas o primeiro estágio de fiscalização da outorga de concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES, compreendido entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (Mucuri/BA) e a divisa do Espírito Santo com o Rio de Janeiro, condicionando a publicação do edital à adoção das seguintes providências pela Agência Nacional de Transportes Terrestres:</p> <p>9.1.1. comprovação do pronunciamento conclusivo do Ministério dos Transportes no sentido da aprovação do respectivo Plano de Outorga;</p> <p>9.1.2. substituição do item 1 A 00 002 00 do cadastro do Sicro 2 pelos itens 1 A 00 002 07 e 1 A 00 002 05, bem como o item 3 S 09 002 00 pelo item 3 S 09 002 06; e</p>

	9.1.3. execução de fresagem contínua especificamente para os segmentos homogêneos 18, 19, 22, 33 e 34, com a consequente redução dos investimentos em recuperação do pavimento;
2573/2012	9.2.2. a obrigação de o concessionário realizar a infraestrutura (exceto o pavimento) das terceiras faixas do subtrecho homogêneo (D) juntamente com sua duplicação, sendo a execução da pavimentação do referido subtrecho condicionada ao atingimento do gatilho definido na Tabela 3.2 do Anexo 2 da minuta de contrato (PER), conforme registrado em seu Plano de Negócios e confirmado em resposta à diligência promovida pela Comissão de Outorga, nos termos da proposta de encaminhamento do TC 010.594/2012-4.
2047/2006	9.3.2 identificar as responsabilidades das partes contratuais quanto à recuperação do passivo ambiental preexistente e à recuperação do passivo ambiental eventualmente causado durante a concessão e ao monitoramento dessas questões;

DETERMINAÇÕES EDUCATIVAS - RODOVIAS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
683/2010	<p>9.3 determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT que nas próximas concessões rodoviárias:</p> <p>9.3.1 considere a antecedência máxima de dezoito meses contada a partir da entrega do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica completo e definitivo, para fins do disposto no item 9.2.2.1 do Acórdão nº 2.104/2008 - TCU – Plenário, de acordo com o art. 24, incisos I e II, da Lei nº 10.233, de 2001;</p> <p>9.3.2 apresente, juntamente com os Estudos de Viabilidade Técnica e Econômica, os respectivos estudos que fundamentaram a estimativa dos investimentos, em respeito ao princípio da economicidade e de acordo com o art. 24, II, da Lei nº 10.233, de 2001, e o art. 40, X, da Lei nº 8.666, de 1993;</p> <p>9.3.3 utilize dados atualizados e desagregados acerca do fator de sazonalidade, evidenciando a respectiva série histórica no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica, em prol da acuidade da estimativa do volume de tráfego no trecho a ser concedido, em respeito aos princípios da economicidade e modicidade tarifária e de acordo com o art. 24, incisos I e II, da Lei nº 10.233, de 2001;</p> <p>9.3.4 considere a antecedência máxima de 18 meses contada a partir da entrega do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica completo e definitivo, para fins de apuração do passivo ambiental a ser considerado nos estudos</p>
1656/2011	<p>9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que antes de remeter documentação ao Tribunal, a título de cumprimento do art. 7º, inciso I, da Instrução Normativa TCU nº 27/1998 ou do art. 3º, inciso I, da Instrução Normativa TCU nº 46/2004, providencie a devida aprovação pelo Ministério dos Transportes;</p> <p>9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que, quando da elaboração dos próximos projetos de concessão:</p> <p>9.3.1. encaminhe planilha eletrônica contendo a memória de cálculo detalhada do “Número N” para cada trecho homogêneo, relacionando as células entre si por meio de fórmulas e referências e preferencialmente computando aquele índice conforme os métodos do U.S. Army Corps of Engineers (USACE) e da American Association Standard Highway and Transportation Officials (AASHTO), a exemplo do realizado com o segundo trecho da rodovia BR 101/ES;</p> <p>9.3.2. apresente memória de cálculo especificando o método e as fontes de dados pelos quais tenha sido determinada a espessura da base, sub-base e de todas as camadas componentes do pavimento (binder, capa de rolamento, etc.);</p> <p>9.3.3. fundamente os valores do índice de suporte do subleito (CBR) dos trechos a serem ampliados em estudos geotécnicos realizados em projetos de obras anteriores na mesma rodovia, sempre que disponíveis esses estudos;</p> <p>9.3.4. adote especificação balizada para o serviço de camada drenante de areia para fundação de aterro;</p> <p>9.3.5. justifique tecnicamente a previsão de dreno longitudinal profundo em toda a extensão de trechos a serem duplicados;</p> <p>9.3.6. justifique tecnicamente a adoção dos percentuais de trecho a ser duplicado tanto em terreno ondulado quanto em terreno plano para execução de valetas de proteção de corte;</p> <p>9.3.7. justifique a estimativa de custos relativos ao enleivamento, à hidrossemeadura e ao plantio em covas, conforme Norma DNIT nº 102/2009-ES, ou de outras intervenções, de forma a que se possa discernir objetivamente qual dos cenários, dentre os possíveis, resulta mais econômico e de menor impacto para o projeto, para atender plenamente o objetivo almejado;</p> <p>9.3.8. justifique os quantitativos de terraplenagem, a fim de conferir fundamentação técnica adequada a essa rubrica;</p> <p>9.3.9. justifique tecnicamente os quantitativos e as produtividades das equipes de conservação estimadas nos estudos; e</p> <p>9.3.10. indique expressamente a fonte de dados empregada para estimativa dos gastos operacionais com salários e encargos, de maneira a privilegiar o uso de informações primárias oriundas de entidades públicas ou de instituições tradicionais de pesquisa, sempre que os dados colimados se afigurem disponíveis por esses meios;</p>

2104/2008	<p>9.2.1 nas próximas concessões rodoviárias:</p> <p>9.2.1.1 apresente, nos estudos de tráfego, as contagens atuais, assim entendidas aquelas realizadas há menos de 18 meses, efetuadas em mais de um período do ano, de forma a permitir uma maior segurança nas estimativas dos volumes anuais, assim como possibilitar a aferição destes levantamentos com os dados históricos de volumes de tráfego e de sazonalidade disponíveis;</p> <p>9.2.1.2 disponibilize todas as contribuições e sugestões colhidas nas audiências públicas, por meio da publicação, em tempo hábil, no seu sítio na Internet, assim como a análise e consolidação efetuadas acerca das contribuições recebidas, aceitas ou rejeitadas, de acordo com o princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal;</p> <p>9.3 com fundamento no inciso III do art. 250 do Regimento Interno/TCU, recomendar à ANTT que:</p> <p>9.3.1 na presente concessão rodoviária:</p> <p>9.3.1.1 apresente anteprojeto para o Contorno de Feira de Santana e especifique melhor os parâmetros para o dimensionamento dos pavimentos a serem executados;</p> <p>9.3.1.2 avalie a possibilidade de se implantar um modelo de cobrança de pedágios proporcional à distância percorrida nas vias;</p> <p>9.3.2 nas próximas concessões rodoviárias:</p> <p>9.3.2.1 avalie o impacto do projeto também sob o ponto de vista dos transtornos causados aos municípios limítrofes à rodovia;</p> <p>9.3.2.2 adote, nas suas estimativas de custos de investimentos, composições com base em materiais extraídos <i>in loco</i>;</p> <p>9.3.2.3 desenvolva um banco de dados contendo os custos operacionais e de obras rodoviárias praticados efetivamente pelas concessionárias e, enquanto esse sistema não esteja em operação, desenvolva uma metodologia consistente a fim de orçar os referidos custos;</p> <p>9.3.2.4 apresente a comparação com as referências oficiais, Sicro e Sinapi, dos custos orçados para os serviços mais significativos entre os investimentos em obras, sempre que possível e de forma complementar;</p> <p>9.3.2.5 faça constar nos estudos os elementos gráficos definidores iniciais dos traçados das vias, bem como da existência de canteiros centrais, nos casos de duplicação;</p> <p>9.3.2.6 efetue os ajustes necessários se adotado o modelo HCM [<i>Highway Capacity Manual</i>], atentando especialmente para as relações peso/potência, os fluxos livres de veículos leves e pesados e a real proporção do fluxo de veículos pesados, entre outros, para melhor adequá-lo à realidade brasileira;</p> <p>9.3.2.7 avalie a possibilidade de se implantar um modelo de cobrança de pedágios proporcional à distância percorrida nas vias;</p>
1974/2013	<p>9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/ o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que apresente, em 120 (cento e vinte) dias, estudo comprobatório quanto à robustez do método estatístico utilizado para o cálculo da sazonalidade e quanto à consistência das informações sobre o custo benefício de se realizar ou não a contagem de tráfego em mais de um período do ano;</p> <p>9.4. determinar ao Ministério dos Transportes para que, conjuntamente com a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e com o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, no Lote 2 da BR-262/ES/MG, e nos futuros lotes a serem concedidos, inclua indicadores de avaliação funcional e estrutural do pavimento nos níveis contidos no Programa de Exploração da Rodovia da Agência Reguladora, como critérios de recebimento das obras de melhorias nos contratos não assinados, a cargo do DNIT e que, posteriormente, serão incorporados pela concessionária</p>
86/2015	<p>9.2.4 apresente ao Tribunal de Contas da União, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), Plano de Ação referente ao desenvolvimento de metodologia para cálculo do Fator X das recentes concessões rodoviárias, contendo, entre outros, cronograma de atividades e indicação dos respectivos responsáveis (por atividade);</p>

DETERMINAÇÕES CONTRATUAIS - RODOVIAS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
1656/2011	<p>9.4. Determinar à ANTT que preveja no edital e na minuta de contrato da concessão em tela:</p> <p>9.4.1. os parâmetros de qualidade que permitam mensurar objetivamente a prestação de serviço adequado, conforme previsto na Lei 8.987/1995, para os denominados trabalhos iniciais, realizados antes do início da cobrança do pedágio, e para os serviços realizados durante a execução do contrato;</p>
2573/2012	<p>9.1. aprovar com ressalvas, com fundamento no art. 3º, incisos II, III e IV da IN/TCU nº 46/2004, o segundo, o terceiro e o quarto estágios do acompanhamento do processo de outorga para concessão, recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES/BA, compreendido entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (Mucuri/BA) e a divisa do Espírito Santo com o Rio de Janeiro;</p> <p>9.2. determinar, com fundamento no ar 43, inciso I, da lei 8.443/92 e art 250, inciso II do Regimento Interno do TCU, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, na presente outorga para concessão, recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES/BA, compreendido entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (Mucuri/BA) e a divisa do Espírito Santo com o Rio de Janeiro, adote as medidas pertinentes para fazer constar expressamente no contrato de concessão proveniente do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA:</p> <p>9.2.2. a obrigação de o concessionário realizar a infraestrutura (exceto o pavimento) das terceiras faixas do subtrecho homogêneo (D) juntamente com sua duplicação, sendo a execução da pavimentação do referido subtrecho condicionada ao atingimento do gatilho definido na Tabela 3.2 do Anexo 2 da minuta de contrato (PER), conforme registrado em seu Plano de Negócios e confirmado em resposta à diligência promovida pela Comissão de Outorga, nos termos da proposta de encaminhamento do TC 010.594/2012-4.</p> <p>9.3. determinar, com fundamento no ar 43, inciso I, da lei 8.443/92 e art 250, inciso II do Regimento Interno do TCU, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, nas futuras concessões:</p> <p>9.3.1. inclua item editalício e cláusula contratual estabelecendo a exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas por parte da concessionária;</p> <p>9.3.3. inclua no edital cláusula que faculte à proponente agregar valores de serviços e obras obrigatórios, constantes do Programa de Exploração Rodoviária (PER), ao preencher planilhas Excel do Plano de Negócios, sendo que a proponente, caso adote essa prática, é obrigada a informar originariamente nos documentos que constituem o Plano de Negócios que a adotou e a indicar quais os itens com valores agregados, sob o risco de desclassificação, tendo em vista o disposto nos arts. 3º, 41 e 43, § 3º, da Lei 8.666/1993; e</p> <p>9.3.4. inclua item editalício fixando parâmetros ou critérios objetivos para avaliação da exequibilidade das propostas dos licitantes, para garantir a seleção da proposta mais vantajosa, com fundamento no art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993 e no art. 15, § 3º, da Lei 8.987/1995;</p>
2047/2006	<p>9.3.2 identificar as responsabilidades das partes contratuais quanto à recuperação do passivo ambiental preexistente e à recuperação do passivo ambiental eventualmente causado durante a concessão e ao monitoramento dessas questões;</p>
2961/2010	<p>1.7. Determinar à ANTT que na minuta do Contrato de Concessão para restauração, manutenção, operação e aumento da capacidade de trechos rodoviários da BR-116 e da BR-324, no Estado da Bahia:</p> <p>1.7.1. explicita as cláusulas que definem as condições de sua prorrogabilidade ou improrrogabilidade, com fulcro no art. 23, XII, da Lei 8.987/1995;</p> <p>1.7.2. faça os ajustes necessários para inserir a previsão de que, ocorrendo investimentos governamentais dentro da faixa de domínio da concessão, estes sejam revertidos em prol da modicidade tarifária, nos termos do art. 35, § 1º, “b”, da Lei nº 10.233/2001;</p>

3160/2012	1.8.3. exclua do edital e da minuta de contrato, a obrigatória previsão, na proposta do licitante, de receita extraordinária calculada no montante de 3% das receitas anuais de pedágio, por contrariar o que dispõe o art. 11 da Lei 8.987/1995; (parágrafo 102)
------------------	---

DETERMINAÇÕES CORRETIVAS - PORTUÁRIO

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
3661/2013	<p>9.1. condicionar a publicação dos editais das licitações para a concessão dos arrendamentos de áreas e instalações portuárias nos portos organizados de Santos, Belém, Itamaracá, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar, constantes do primeiro bloco queles previstos na Portaria 38/2013, emitida pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), à adoção das seguintes providências:</p> <p>9.1.1. realização das alterações necessárias no texto do estudo de demanda, de modo a compatibilizar a previsão da navegabilidade do complexo Araguaia-Tocantins em relação ao que prevê o Plano Hidroviário Estratégico e as planilhas de cálculo da demanda, ou seja, que se trata de hipótese de longo prazo;</p> <p>9.1.2. uniformização dos seguintes dados do estudo de demanda e das planilhas dos EVTEAs, de forma a eliminar as discrepâncias observadas: i) STS04: capacidade em 2016 de 1,8 milhões de toneladas; ii) VDC04: início das operações em 2017 e alcance da capacidade plena em 2019; e iii) VDC29: início das operações em 2019;</p> <p>9.1.3. ajuste das projeções de demanda relativas ao terminal VDC29, de forma que os volumes projetados para cada um dos novos terminais de grãos sólidos vegetais da região norte, somados, não ultrapassem a projeção da captura de carga futura destinada aos portos daquela região, estabelecida em 36% nos EVTEAs;</p> <p>9.1.4. finalização dos estudos determinados pelo acórdão 2.896/2009 – Plenário e incorporação dos estudos de concorrência inter e intraportos na modelagem dos terminais, em observância ao art. 7º, inciso III, da Lei 8.987/1995, ao art. 3º, <i>caput</i> e inciso V, da Lei 12.815/2013, com vistas à promoção da modicidade tarifária, em respeito ao art. 6º, <i>caput</i> e § 1º, da Lei 8.987/1995, e ao art. 3º, inciso II, da Lei 12.815/2013;</p> <p>9.1.5. apresentação de elementos suficientes à aferição dos quantitativos estimados em projeto, detalhando informações técnicas que permitam exata vinculação entre os projetos conceituais e as quantidades e preços dos itens que o compõe, de modo a fundamentar a projeção total de investimentos;</p> <p>9.1.6. exclusão da parcela de 14,25% referente a “taxas de construção locais” incidente sobre os preços de cada serviço previsto nos projetos conceituais dos arrendamentos (com exceção dos equipamentos), por acarretar sobreinvestimento decorrente da aplicação, em duplicidade, de rubrica já embutida nas amostras que serviram de base para a obtenção dos preços referenciais;</p> <p>9.1.7. realização do levantamento dos valores de mercado dos equipamentos referidos nos estudos de viabilidade, de preferência cotados em moeda nacional, justificando fundamentadamente a incidência ou não de impostos e outros adicionais aos preços cotados, bem como os casos em que, dado o alto grau de especificidade do equipamento, seja inviável a realização de pesquisa de mercado e revisão das projeções de gastos com equipamentos dos arrendamentos, se for o caso;</p> <p>9.1.9. realização do levantamento referido no subitem anterior e revisão das projeções de novos investimentos e de custos operacionais dos projetos a serem licitados, de forma a atualizar o valor dos aluguéis das áreas e as tarifas resultantes do fluxo de caixa, nos casos em que houver tal necessidade;</p> <p>9.1.10. cômputo do valor de ressarcimento do EVTEA de cada terminal como item de investimento (CapEx-projetos), dentro do primeiro ano de arrendamento, de modo que o fluxo de caixa esteja compatível com a obrigação, contida na Minuta do Edital, de o vencedor do leilão arcar com essa despesa previamente à celebração do contrato;</p> <p>9.1.11. revisão das projeções de despesas com pessoal administrativo do VDC12, com base em metodologia prevista no modelo, e efetivação dos ajustes necessários no fluxo de caixa do projeto;</p> <p>9.1.12. fundamentação dos custos do componente F04 - Geral e Administrativa, indicando referências e fontes de informação utilizadas, de forma que seja demonstrada a razoabilidade da metodologia e dos valores empregados;</p> <p>9.1.13. justificação das tarifas e fundamentação, de maneira consistente, da metodologia de coleta das tarifas utilizadas na alimentação dos fluxos de caixa, sem olvidar as pesquisas técnicas contratadas junto à USP oriundas do Convênio de Cooperação Técnica 1/2010, firmado com aquela instituição, objetivando dar cumprimento à determinação contida no item 9.1.3.1 do acórdão 1.904/2009 – Plenário;</p>

	<p>9.1.15. revisão da modelagem empregada no STS13, de forma que as tarifas estabelecidas sejam devidamente fundamentadas a fim de refletir a variedade de cargas movimentadas no terminal;</p> <p>9.1.16. ajuste dos valores das tarifas adotadas nos terminais VDC29, OUT01, OUT02, OUT03 e STM01, de modo que fiquem compatíveis com as premissas adotadas para definição de tais valores, sem o artifício de aumentá-las para tornar viável o fluxo de caixa dos projetos;</p> <p>9.1.18. realização das alterações que se farão necessárias, relativamente ao Porto de Santos, em decorrência da edição da Lei Complementar 813/2013, do Município de Santos, inclusive quanto aos eventuais ajustes nas projeções de demanda, caso ocorra a realocação do terminal STS04;</p> <p>9.1.19. apresentação de estudos consistentes para a definição dos parâmetros de desempenho atribuídos a cada terminal, demonstrando seu alinhamento ao objetivo de incremento dos resultados e sua compatibilidade com indicadores de eficiência adotados por portos de excelência, em nível mundial;</p>
--	--

DETERMINAÇÕES EDUCATIVAS - PORTUÁRIO

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
3661/2013	<p>9.1.8. elaboração de metodologia clara e objetiva para definir a forma de levantamento dos bens reversíveis existentes nas áreas consideradas <i>brownfield</i> a serem licitadas, de suas condições de conservação e de definição de seus valores, motivando de forma adequada, inclusive, a opção de não efetuar diagnóstico de todos os bens, se for o caso;</p> <p>9.2.1. para os próximos blocos de arrendamento, ajuste os textos dos estudos de demanda para que descrevam claramente quais premissas estão implícitas em outros estudos utilizados como base para as projeções e que hipóteses são, de fato, utilizadas nas planilhas para os cálculos que fundamentam os valores envolvidos nos projetos de arrendamentos portuários, de modo que a coerência entre fundamentação e fórmulas/valores possa ser devidamente avaliada;</p> <p>9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:</p> <p>9.3.1. para os próximos blocos das licitações constantes da Portaria-SEP 38/2013, coloque em discussão, nas audiências públicas, as informações técnicas, econômico-financeiras e jurídicas constantes dos estudos de viabilidade dos projetos disponibilizando ao público documentos que permitam identificar claramente as metodologias, premissas e estimativas aferidas, calculadas e utilizadas na tomada de decisão do Poder Público;</p> <p>9.3.2. estructure e implemente banco de dados que agregue as informações necessárias para a elaboração dos estudos de demanda do setor portuário que são de sua competência, conforme preconiza o artigo 27, inciso I, da Lei 10.233/2001, enviando ao Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, documentação que comprove as medidas adotadas para o cumprimento desta deliberação, incluindo plano de ação com cronograma das atividades a serem desenvolvidas;</p> <p>9.4. determinar à Secretaria de Portos da Presidência da República e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que apenas encaminhem a este tribunal Estudos de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Ambiental (EVTEA) acompanhados de termos de referência/relatórios/notas técnicas que permitam identificar o órgão/empresa responsável por sua elaboração e a data de sua produção, bem como que contenha informações detalhadas, em português, das premissas e metodologias utilizadas nos estudos, das fontes de informações e de dados consultadas, especialmente no que tange aos quantitativos, preços e custos de obras, equipamentos e despesas operacionais; às variáveis que permitiram estimar a demanda, a receita, os parâmetros de desempenho e as tarifas de entrada; à tributação; ao critério de julgamento da licitação; e à partição e mecanismos de mitigação de riscos.</p>
1077/2015	<p>9.2. alertar a Secretaria de Portos da Presidência da República e a Antaq que, dada a forma escolhida para o arrendamento de terminais portuários, os critérios e regras do edital relativos aos parâmetros de desempenho e operacional dos terminais a serem arrendados não viabilizam, isoladamente, a consecução dos princípios constitucionais e das diretrizes legais, competindo ao órgão regulador a expedição de regras complementares tendentes ao devido tratamento das internalidades incidentes sobre o arrendamento de terminais portuários, de modo a minimizar o tempo máximo de parada de carga movimentada em área primária do terminal e mecanismos antitruste para o caso de cadeias verticalizadas;</p> <p>9.3. alertar a Secretaria de Portos da Presidência da República e a Antaq que, dada a forma escolhida para o arrendamento de terminais portuários, os critérios e regras do edital relativos aos parâmetros de desempenho e operacional dos terminais a serem arrendados não viabilizam, por si mesmos, a consecução dos princípios constitucionais e das diretrizes legais, competindo ao órgão regulador a expedição de regras complementares tendentes ao devido tratamento das externalidades incidentes sobre o arrendamento de terminais portuários, de modo ao tratamento sistêmico da operação de portos (rubrica frete), visando a qualidade, desempenho, competitividade, modicidade tarifária e proteção dos usuários e arrendatários, incluída aí normas de regulação e fiscalização das companhias de navegação, brasileiras ou não, de modo a criar mecanismos facilitadores de transferência, ainda que parcial, aos usuários das melhorias decorrentes dos novos arrendamentos de terminais portuários;</p>

	<p>9.4. dar ciência à Secretaria de Portos e à Antaq do recomendável desenvolvimento de critérios, em especial: tarifa-meta a ser utilizada pela Antaq como mecanismo gerencial de monitoramento e consecução de preços compatíveis com o mercado internacional; tempo-meta de espera de embarcações na área de fundeio, ou de caminhões em retro-áreas ou rodovias, para o início das operações de carregamento/descarregamento; eficiência-meta do arrendatário no embarque/desembarque de cargas; satisfação-meta dos usuários dos terminais arrendados;</p> <p>9.5. determinar à Secretaria de Portos e à Antaq que remetam a este Tribunal, para análise no próximo estágio deste processo de desestatização, os critérios utilizados para a fundamentação da política tarifária de cada arrendamento, de maneira a evidenciar as diferentes estratégias regulatórias, inclusive quanto à alimentação do fluxo de caixa, especialmente quando forem adotadas soluções tarifárias distintas entre terminais análogos, bem assim os mecanismos de proteção aos direitos dos usuários em caso de aplicação do regime de liberdade tarifária;</p>
2413/2015	<p>9.3. determinar à SEP/PR e à Antaq que, ao enviar a documentação pertinente ao 2º estágio de fiscalização, nos termos definidos nos artigos 7º e 8º da IN TCU 27/1998, comprovem a este Tribunal que, em relação aos terminais OUT01, OUT02 e OUT03, foram adotadas medidas que mitiguem os riscos decorrentes do insucesso na adjudicação de um dos terminais e do inadimplemento ou atraso de um dos concessionários na realização da contraparte nos investimentos e atividades atribuídos simultaneamente à responsabilidade dos três futuros arrendatários;</p> <p>9.4. determinar à SEP/PR e à Antaq que, para os próximos blocos do programa de concessões portuárias, apresentem fundamentação consistente para adoção ou não de regras de vedação à adjudicação de mais de um terminal a um mesmo proponente;</p>

DETERMINAÇÕES CONTRATUAIS - PORTUÁRIO

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
1077/2015	9.9 determinar à Antaq e à Secretaria de Portos que, no edital de licitação da área STS-4, do Porto de Santos, do Bloco I, se for o caso, faça expressa menção a quaisquer restrições judiciais, a exemplo da existência da ADPF 316, que tramita no STF, com medida cautelar concedida a favor da União, bem como administrativas que, na época da realização do referido certame, incidam sobre a determinada área licitada e que possam, no futuro, causar impacto na eventual contratação decorrente;

DETERMINAÇÕES CORRETIVAS - AEROPORTOS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
3233/2011	9.1.1. em obediência aos princípios da economicidade e da eficiência, e com fulcro no art. 3º da Lei 8.666/1993 e art. 15, inciso II, da Lei 8.987/1995, deduza de suas estimativas de investimentos alocados para a futura concessionária do aeroporto os valores de R\$ 289,66 milhões na Fase 0, R\$ 161,59 milhões na Fase 1, R\$ 130,74 milhões na Fase 2 e R\$ 157,48 milhões na Fase 3, correspondentes às superestimativas apuradas pela 1ª Secretaria de Fiscalização de Obras, nos termos do parecer acostado à peça 159 destes autos;
926/2016	9.1. condicionar a publicação do respectivo edital à adoção das seguintes providências pelo Conselho Nacional de Desestatização, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e pela Agência Nacional de Aviação Civil: 9.1.2. inclusão, no âmbito de discussão das audiências públicas, das informações técnicas, econômico-financeiras, ambientais e jurídicas constantes dos estudos de viabilidade do aeroporto em tela, disponibilizando ao público documentos que permitam identificar claramente as metodologias, premissas e estimativas aferidas, calculadas e utilizadas na tomada de decisão do Poder Público;
2644/2013	9.2.1. em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado; 9.2.2. realização dos devidos ajustes nas exigências, caso sejam eles necessários;
3232/2011	9.1.1. em obediência aos princípios da economicidade e da eficiência, e com fulcro no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no art. 15, inciso II, da Lei 8.987/1995, deduza de suas estimativas de investimentos alocados para a futura concessionária os valores de R\$ 757,72 milhões na Fase 0, R\$ 506,60 milhões na Fase 1, R\$ 241,61 milhões na Fase 2 e R\$ 125,45 milhões na Fase 3, correspondentes às superestimativas apuradas pela 1ª Secretaria de Fiscalização de Obras, nos termos do parecer acostado à peça 188 destes autos; 9.1.2 corrija, no estudo ambiental, o tipo e o número da licença ambiental referente às obras parciais de terraplanagem;
157/2012	9.1. aprovar com ressalvas, com fulcro no artigo 258, inciso II, do Regimento Interno do TCU c/c artigo 7º, inciso II, da Instrução Normativa TCU nº 27/1998, o segundo estágio de fiscalização do processo concessório para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos internacionais Governador André Franco Montoro, em Guarulhos/SP, Viracopos, em Campinas/SP, e Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF. 9.2 determinar à Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, por ocasião de futuras concessões destinadas a delegar a exploração de infraestrutura aeroportuária, que: 9.2.1 reencaminhe ao TCU os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Ambiental (EVTEA), reiniciando o processo fiscalizatório, caso efetue modificações que tenham impacto no fluxo de caixa do projeto posteriormente à aprovação do primeiro estágio de fiscalização por este Tribunal, nos termos do inciso I do art. 7º da Instrução Normativa TCU 27, de 2/12/1998; 9.2.2 divulgue aos potenciais interessados as cláusulas dos contratos firmados pela Agência com possível reflexo no certame por ela conduzido, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da positividade do direito;

	9.2.3 adote os procedimentos necessários para garantir que todas as informações, estudos e projetos necessários à elaboração das propostas econômico-financeiras estejam disponíveis aos interessados até a data prevista para entrega das propostas econômicas, em consonância com o princípio da publicidade e com o inciso IV do §2º do art. 40 da Lei 8.666/1993;
957/2016	9.1. condicionar a publicação do respectivo edital à adoção das seguintes providências pelo Conselho Nacional de Desestatização, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e pela Agência Nacional de Aviação Civil: 9.1.1. adoção de requisitos de habilitação que sejam tecnicamente adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado; 9.1.2. inclusão, no âmbito de discussão das audiências públicas, das informações técnicas, econômico-financeiras, ambientais e jurídicas constantes dos estudos de viabilidade do aeroporto em tela, disponibilizando ao público documentos que permitam identificar claramente as metodologias, premissas e estimativas aferidas, calculadas e utilizadas na tomada de decisão do Poder Público
925/2016	9.1. condicionar a publicação do respectivo edital à adoção das seguintes providências pelo Conselho Nacional de Desestatização, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e pela Agência Nacional de Aviação Civil: 9.1.2. inclusão, no âmbito de discussão das audiências públicas, das informações técnicas, econômico-financeiras, ambientais e jurídicas constantes dos estudos de viabilidade do aeroporto em tela, disponibilizando ao público documentos que permitam identificar claramente as metodologias, premissas e estimativas aferidas, calculadas e utilizadas na tomada de decisão do Poder Público;
3224/2011	9.1.1 em obediência aos princípios da economicidade e da eficiência, e com fulcro nos arts. 3º da Lei 8.666/1993 e 15, inciso II, da Lei 8.987/1995, deduza de suas estimativas de investimentos alocados para a futura concessionária os valores de R\$ 533,18 milhões na Fase 0, R\$ 180,16 milhões na Fase 1, R\$ 407,50 milhões na Fase 2, R\$ 1.213,16 milhões na Fase 3 e R\$ 403,15 milhões na Fase 4, correspondentes às superestimativas apuradas pela 1ª Secretaria de Fiscalização de Obras, nos termos do parecer acostado à peça 162 dos autos;
956/2016	9.1.2. inclusão, no âmbito de discussão das audiências públicas, das informações técnicas, econômico-financeiras, ambientais e jurídicas constantes dos estudos de viabilidade do aeroporto em tela, disponibilizando ao público documentos que permitam identificar claramente as metodologias, premissas e estimativas aferidas, calculadas e utilizadas na tomada de decisão do Poder Público;

DETERMINAÇÕES EDUCATIVAS - AEROPORTOS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
939/2011	9.3. informar à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) que, sempre que o reenvio dos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental que embasam os processos de concessão de serviços públicos contiverem alterações consideradas relevantes e implicarem reanálise pelas unidades técnicas desta Corte, será reiniciada a contagem dos prazos preconizados na IN TCU nº 27/1998;
3233/2011	9.2.1. a fim de resguardar a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários do aeroporto, nos termos do art. 6º, caput e § 1º, da Lei 8.987/1995, elabore e envie ao TCU, no prazo de 150 (cento e cinquenta) dias, plano de ação, incluindo atividades, prazos e responsáveis, voltado à implementação de providências destinadas ao estabelecimento: 1) das métricas de utilização para as instalações do lado ar do aeroporto e; 2) dos padrões de desempenho dos Indicadores de Qualidade de Serviço adotados para a concessão; informando, inclusive, o prazo previsto para a realização das respectivas consultas ou audiências públicas;
2466/2013	9.3. determinar ao Conselho Nacional de Desestatização que, em futuros procedimentos de desestatização: 9.3.1. inclua nos respectivos processos de concessão, expressamente, os fundamentos legais e técnicos de eventuais exigências de experiência prévia e de restrições à participação nos certames; 9.3.2. demonstre que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado;
3232/2011	9.2.1 abstenha-se de encaminhar a este Tribunal os estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental de que trata o art. 7º, inciso I, da IN – TCU 27/1998 contendo premissas desprovidas de amparo legal e regulamentar; 9.2.2 no que concerne ao processo de concessão do Aeroporto Internacional Governador André Franco Montoro, em Guarulhos/SP, a fim de resguardar a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários do aeroporto, nos termos do art. 6º, caput e § 1º, da Lei 8.987/1995, elabore e envie ao TCU, no prazo de 150 (cento e cinquenta) dias, plano de ação, incluindo atividades, prazos e responsáveis, voltado à implementação de providências destinadas ao estabelecimento: (a) das métricas de utilização para as instalações do lado ar do aeroporto e; (b) dos padrões de desempenho dos Indicadores de Qualidade de Serviço adotados para a concessão; informando, inclusive, o prazo previsto para a realização das respectivas consultas ou audiências públicas; 9.3 com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República que apresente ao TCU, no prazo de 90 (noventa) dias, plano de ações, contendo cronograma e indicação de responsáveis, destinado à elaboração da regulamentação do Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC), conforme disposto no art. 12, § 1º, do Decreto 7.624/2011;
957/2016	9.2. determinar à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e à Agência Nacional de Aviação Civil que, para as próximas concessões de infraestrutura aeroportuária, se abstenham de encaminhar ao TCU estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental antes da consolidação e análise das contribuições advindas da audiência pública;
925/2016	9.2. determinar à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e à Agência Nacional de Aviação Civil que, para as próximas concessões de infraestrutura aeroportuária, se abstenham de encaminhar ao TCU estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental antes da consolidação e análise das contribuições advindas da audiência pública;
3224/2011	9.2.1. a fim de resguardar a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários do aeroporto, nos termos do art. 6º, caput e § 1º, da Lei 8.987/1995, elabore e envie ao TCU, no prazo de 150 (cento e cinquenta) dias, plano de ação, incluindo atividades, prazos e responsáveis, voltado à implementação de providências destinadas ao estabelecimento: 1) das métricas de utilização para as instalações do lado ar do aeroporto e; 2) dos padrões de

	desempenho dos Indicadores de Qualidade de Serviço adotados para a concessão; informando, inclusive, o prazo previsto para a realização das respectivas consultas ou audiências públicas;
956/2016	9.2. determinar à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e à Agência Nacional de Aviação Civil que, para as próximas concessões de infraestrutura aeroportuária, se abstenham de encaminhar ao TCU estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental antes da consolidação e análise das contribuições advindas da audiência pública;
926/2016	9.2. determinar à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e à Agência Nacional de Aviação Civil que, para as próximas concessões de infraestrutura aeroportuária, se abstenham de encaminhar ao TCU estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental antes da consolidação e análise das contribuições advindas da audiência pública;

DETERMINAÇÕES CONTRATUAIS - AEROPORTOS

ACÓRDÃO	DETERMINAÇÃO
939/2011	<p>9.2. determinar à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, relativamente à concessão para a construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante – RN (Asga):</p> <p>9.2.1. esclareça, no edital e na minuta do contrato de concessão, a metodologia de cálculo a ser utilizada para reversão das receitas comerciais à modicidade tarifária a fim de atender ao preconizado pelos arts. 6º, § 1º, e 11, da Lei 8.987/1995 e art. 23, inciso XI, do Decreto 7.205/2010 (parágrafo 202);</p> <p>9.2.2. inclua na minuta de contrato de cláusula destinada a exigir que a concessionária solicite autorização do poder concedente para se desfazer dos ativos considerados reversíveis e de cláusula destinada a exigir que a concessionária mantenha inventário atualizado de todos os bens reversíveis da concessão, contendo informações sobre o seu estado de conservação, e disponível, a qualquer tempo, para eventuais consultas e fiscalizações do poder concedente (parágrafo 269);</p> <p>9.2.3. inclua no edital de licitação de concessão para a construção parcial, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante – RN as especificações técnicas essenciais para a caracterização dos investimentos mínimos obrigatórios em obras e equipamentos do Terminal de Passageiros (TPS), compatíveis com o padrão de qualidade adotado como referência nas estimativas de custos apresentadas no estudo de viabilidade, contendo pelo menos, além das áreas mínimas previstas para cada componente, o padrão de acabamento e a qualidade dos materiais, bem como qualquer outra informação necessária para subsidiar a elaboração das propostas pelos proponentes, por força dos arts. 6º e 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995 (parágrafo 258);</p> <p>9.2.4. altere a minuta de contrato integrante do edital a ser publicado para prever que o fluxo de caixa marginal será descontado à taxa de desconto calculada à época do ajuste de forma a mais fielmente espelhar a realidade econômica em que se situa a atividade concedida, em qualquer momento da execução contratual, em respeito aos princípios da eficiência e da razoabilidade, e ao disposto no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995 (parágrafo 279);</p>
1795/2011	<p>9.2.1. faça constar, no instrumento convocatório, comando análogo ao do art. 15, § 4º, da Lei 8.987/1995;</p> <p>9.2.2. calcule e registre no competente instrumento convocatório o valor do contrato de acordo com a orientação provida pela Decisão 586/2001-TCU-Plenário;</p>
3233/2011	<p>9.1.2. em virtude do disposto no art. 14, inciso II, do Decreto 7.624/2011 e do que consta nos estudos de viabilidade ambiental apresentados a este Tribunal:</p> <p>9.1.2.1. inclua na minuta contratual o dever de a concessionária cumprir integralmente as condicionantes ambientais ainda não atendidas das licenças prévias e de instalação já obtidas pelo poder concedente;</p> <p>9.1.2.2. especifique na minuta contratual a quem será imputado o ônus pelo atraso nas obras decorrente da demora de obtenção de licenças ambientais quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais;</p>
3232/2011	<p>9.1.3. em virtude do disposto no art. 14, inciso II, do Decreto 7.624/2011 e do que consta nos estudos de viabilidade ambiental apresentados a este Tribunal:</p> <p>9.1.3.1 inclua na minuta contratual o dever de a concessionária cumprir integralmente as condicionantes ambientais ainda não atendidas das licenças prévias e de instalação já obtidas pelo poder concedente;</p> <p>9.1.3.2 especifique na minuta contratual a quem será imputado o ônus pelo atraso nas obras decorrente da demora de obtenção de licenças ambientais quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais;</p> <p>9.1.3.3 especifique na minuta contratual a quem será imputado o ônus no caso de confirmação de existência de contaminação de solo e águas subterrâneas na área do aeroporto que seja anterior à publicação do edital do leilão da concessão;</p> <p>9.2.3 para o regime tarifário do contrato de concessão do Aeroporto Internacional Governador André Franco Montoro, em Guarulhos/SP, utilize fórmula de reversão de ganhos de eficiência e de produtividade em favor dos usuários do serviço outorgado que</p>

	efetivamente reflita o incremento de eficiência e de produtividade obtido pela futura concessionária, a teor do que preconiza o inciso X do art. 29 da Lei Geral das Concessões c/c o art. 7º, § 1º, do Decreto 7.624/2011;
157/2012	<p>9.2.4 estabeleça prazo adequado para interposição de impugnações ao Edital e seus anexos, garantindo, neste ínterim, a estabilidade dos seus termos, de forma a incrementar a segurança jurídica, em função do disposto no art. 21, § 4º, c/c o art. 41, §§1º e 2º, todos da Lei 8.666/1993;</p> <p>9.2.5 promova a reabertura de prazos estabelecidos em edital sempre que modificadas as condições de formulação das propostas, quer por acréscimo, alteração ou supressão de cláusulas diretamente no edital, quer pela divulgação de retificação ou interpretação que possa alterar a percepção dos potenciais interessados acerca de comandos pré-existentes no edital e seus anexos, em função do disposto no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993;</p> <p>9.2.6 faça constar no instrumento convocatório cláusulas suficientes voltadas às pessoas jurídicas estrangeiras, quando prevista tal participação, a fim de fazê-las cumprir, tanto quanto possível, as exigências habilitatórias estabelecidas, de forma tanto a não eximi-las das obrigações a todos os demais licitantes impostas quanto a não configurar um possível cerceamento de sua participação no certame ante eventual impossibilidade de cumprimento, nos termos do §4º do art. 32 da Lei 8.666/1993;</p>
925/2016	9.1.3. inclusão, na matriz de riscos dos documentos jurídicos do processo de concessão, de esclarecimentos em relação à necessidade de lei específica municipal e estadual para desafetação ou redução de limites das áreas de unidades de conservação necessárias às obras de ampliação do Aeroporto Internacional Deputado Luís Eduardo Magalhães, no município de Salvador/BA, de acordo com o que dispõe o art. 225, §1º, inciso III, da Constituição Federal c/c o art. 22, §7º, da Lei 9.985/2000;
3224/2011	<p>9.1.2. em virtude do disposto no art. 14, inciso II, do Decreto 7.624/2011 e do que consta nos estudos de viabilidade ambiental apresentados a este Tribunal:</p> <p>9.1.2.1. inclua na minuta contratual o dever de a concessionária cumprir integralmente as condicionantes ambientais ainda não atendidas das licenças prévias e de instalação já obtidas pelo poder concedente;</p> <p>9.1.2.2. especifique na minuta contratual a quem será imputado o ônus pelo atraso nas obras decorrente da demora de obtenção de licenças ambientais quando os prazos de análise do órgão ambiental responsável pela emissão das licenças ultrapassarem as previsões legais;</p>